

VU Research Portal

De bestuurder in het onderwijs

Nolen, M.F.

2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Nolen, M. F. (2017). *De bestuurder in het onderwijs: De juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren*. [, Vrije Universiteit Amsterdam].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De bestuurder in het onderwijs

De juridische positie van de bestuurder
in vijf onderwijssectoren

M.F. Nolen

De bestuurder in het onderwijs

De handelseditie van dit proefschrift is verschenen bij Boom juridisch onder ISBN 978-94-6290-292-3.

VRIJE UNIVERSITEIT

DE BESTUURDER IN HET ONDERWIJS

DE JURIDISCHE POSITIE VAN DE BESTUURDER
IN VIJF ONDERWIJSSECTOREN

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. V. Subramaniam,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
op vrijdag 17 februari 2017 om 13.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Martijn Folkert Nolen

geboren te 's-Gravenhage

promotoren: prof.mr.dr. M.T.A.B. Laemers
 prof.mr.dr. F.J. van Ommeren

Voor Kim en al die mensen die vertrouwen in mij hebben

Kijk, de dingen kunnen lukken. En dingen kunnen
mislukken. En soms, als je geluk hebt, kan iets ook
per ongelukken. Dat weet je niet van tevoren.

Je probeert gewoon maar iets.

Simon van der Geest, Per ongelukt, 2015

INHOUDSOPGAVE

Lijst afkortingen	19
Hoofdstuk 1 – Inleiding en verantwoording	21
1.1 Complexe onderwijsorganisaties en hoge maatschappelijke verwachtingen	21
1.1.1 Onderwijsorganisaties verzorgen onderwijs	21
1.1.2 Vertrekpunt en aanleiding	22
1.2 Probleemstelling en deelvragen	25
1.3 Doelstelling onderzoek	26
1.4 De begrippen bestuurder, onderwijsorganisatie en complexe onderwijsorganisatie	27
1.5 Beeld van de professioneel bestuurder	31
1.5.1 Wat doet een bestuurder?	31
1.5.2 Besturen betekent zorgen	34
1.6 Reikwijdte en beperking	36
1.6.1 Vijf onderwijssectoren, vier sectorwetten en twee specifieke onderwijswetten	36
1.6.2 Onderzoeksperiode 1985-2016	37
1.7 Autonomie in het onderwijs als verbindend thema	38
1.7.1 Autonomie als waardevol beginsel	38
1.7.2 Artikel 23 Grondwet en autonomie	40
1.7.3 Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel	45
1.7.4 Autonomie en belangen	46
1.7.5 Autonomieparadox	47
1.7.6 Professionele ruimte van de docent en medezeggenschap	51
1.8 Grensvlak privaatrecht, publiekrecht en onderwijswetgeving	52
1.9 Relevantie van het onderzoek	54
1.10 Onderzoeksmethodiek	55
1.10.1 Descriptief onderzoek	55
1.10.2 Interne rechtsvergelijking	56
1.10.3 Internationale rechtsvergelijking	57
1.11 Opzet en opbouw van het onderzoek	57
1.12 Tot slot	60

Hoofdstuk 2 – Historische ontwikkeling onderwijsorganisaties tot 1985	63
2.1 Inleiding	63
2.1.1 De bestuurder van vroeger is niet de bestuurder van nu	63
2.1.2 Vraagstelling en opzet hoofdstuk	63
2.2 De institutionalisering van de school (1350-1796)	64
2.2.1 Onderwijs als lokaal initiatief en onderwijzers als zelfstandig ondernemers	64
2.2.2 Bestuurlijke organisatie van de scholen	66
2.2.3 Stand van zaken eind achttiende eeuw	68
2.3 De ordening van het funderend onderwijs (1796-1917)	68
2.3.1 Maatschappij tot Nut van 't Algemeen Belang en Grondwet 1814	68
2.3.2 Schoolwet 1806	69
2.3.3 Grondwet 1848	72
2.3.4 Lager-onderwijswet 1857	75
2.3.5 Lager-onderwijswet 1878 en Lager-onderwijswet 1889 (Wet Mackay)	78
2.3.6 Stand van zaken eind negentiende eeuw	82
2.4 De kiem gelegd voor de vorming van complexe onderwijsorganisaties (1917-1968)	83
2.4.1 Artikel 192 Grondwet 1917: het einde van de Tweede Schoolstrijd	83
2.4.2 Lager-onderwijswet 1920	91
2.4.3 Wet op het voortgezet onderwijs 1968 (Mammoetwet)	93
2.4.4 Stand van zaken funderend onderwijs tot 1985	96
2.5 Hoger onderwijs maakte onderdeel uit van de overheid: 1815-1976	96
2.5.1 Organiek Besluit 1815	96
2.5.2 Wet tot regeling van het hoger onderwijs uit 1876	99
2.5.3 Hooger-onderwijswet 1905	100
2.5.4 Wet Wetenschappelijk Onderwijs 1960 en Wet universitaire bestuurs-hervorming 1970	101
2.5.5 Stand van zaken hoger onderwijs 1970	103
2.6 Betekenis voor de bestuurder?	104
Hoofdstuk 3 – Onderwijsrechtelijke kernbegrippen en bestuurlijke vormgeving	105
3.1 Inleiding	105
3.1.1 Vooraf	105
3.1.2 Vraag- en doelstelling hoofdstuk	106
3.1.3 Opzet hoofdstuk	107

3.1.4	Rechtsvorm onderwijsorganisaties: de private rechtsvorm is dominant	107
3.1.5	Bestuurlijk organisatierecht	109
3.2	Onderwijsrechtelijke kernbegrippen: het bevoegd gezag	112
3.2.1	Vooraf	112
3.2.2	Het begrip bevoegd gezag in de Wpo en de Wvo	113
3.2.3	Bestuursbevoegdheden in het onderwijs	123
3.2.4	Het 'bevoegd gezag' als normadressaat en/of rechtssubject	131
3.2.5	Nadere reflectie op het kernbegrip bevoegd gezag	135
3.2.6	Voorstel tot herziening kernbegrip bevoegd gezag	139
3.3	Onderwijsrechtelijke kernbegrippen: besturen, in stand houden en beheren	141
3.3.1	Inleiding	141
3.3.2	Bestuur en besturen gezien vanuit het perspectief van het rechtspersonenrecht	143
3.3.3	De kernbegrippen bestuur, besturen, in stand houden en beheer in de onderwijswetgeving	150
3.3.4	Herziening onderwijsrechtelijke kernbegrippen bestuur, besturen, instandhouding en beheer	155
3.4	Onderwijsrechtelijke kernbegrippen: school en instelling	157
3.4.1	Inleiding	157
3.4.2	Het kernbegrip school in de Wpo en de Wvo	157
3.4.3	De kernbegrippen instelling, opleiding, faculteit en organisatorische eenheid in de Web en de Whw	162
3.4.4	Herziening onderwijsrechtelijke kernbegrippen onderwijsinstelling, opleiding, faculteit en organisatorische eenheid	164
3.5	Bestuursvormen in het onderwijs	164
3.5.1	Inleiding	164
3.5.2	Bestuursvormen primair en voortgezet onderwijs	165
3.5.3	Bestuursvorm middelbaar beroepsonderwijs	177
3.5.4	Bestuursvorm hogescholen	179
3.5.5	Bestuursvormen universiteiten	182
3.5.6	Overeenkomsten tussen bestuursvormen zijn groter dan de verschillen	186
3.6	Betekenis voor de bestuurder?	187
3.6.1	Inleiding	187
3.6.2	Onderwijsrechtelijke kernbegrippen	188
3.6.3	De bestuursvorm van onderwijsorganisaties	188

3.6.4	Voorstel tot herziening van het juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs	189
3.6.5	Betekenis juridisch grondschema voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs	193
Hoofdstuk 4 – Zorgplichten in het onderwijs		197
4.1	Inleiding	197
4.1.1	Vooraf	197
4.1.2	Vraagstelling en opzet hoofdstuk	197
4.1.3	Wettelijke deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden	198
4.1.4	Wisselwerking bevoegdheden en verplichtingen	201
4.2	Zorgplichten als ruimte latend instrument van wetgeving	202
4.2.1	Inleiding	202
4.2.2	Wat is een zorgplicht?	203
4.2.3	Interpretatie van zorgplichten	207
4.3	Zorgplicht goed onderwijs	210
4.3.1	Inleiding	210
4.3.2	Primair en voortgezet onderwijs: zorgplicht goed onderwijs	211
4.3.3	Middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs: specifieke zorgplichten goed onderwijs	219
4.3.4	Opmerkingen bij de zorgplicht goed onderwijs	223
4.4	Zorgplicht goed bestuur	226
4.4.1	Inleiding	226
4.4.2	Ontwikkelingsgeschiedenis zorgplicht goed bestuur	227
4.4.3	Zorgplicht goed bestuur in de huidige onderwijswetgeving	234
4.4.4	Recente ontwikkelingen rondom de zorgplicht goed bestuur	239
4.5	Zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht	244
4.5.1	Inleiding	244
4.5.2	Intern toezicht	246
4.5.3	Opmerkingen bij de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht	250
4.6	Zorgplicht interne bestuursorganisatie	254
4.6.1	Inleiding	254
4.6.2	Interne bestuursorganisatie en het algemene rechtspersonenrecht	256
4.6.3	Interne bestuursorganisatie en het bestuursrecht	260
4.6.4	Regeling interne bestuursorganisatie: primair en voortgezet onderwijs	264
4.6.5	Regeling interne bestuursorganisatie: middelbaar beroepsonderwijs en hoger beroepsonderwijs	266

4.6.6	Regeling interne bestuursorganisatie: universiteiten	269
4.6.7	Opmerkingen bij de zorgplicht interne bestuursorganisatie	271
4.7	Zorgplicht medezeggenschap en professionele ruimte	275
4.7.1	Inleiding	275
4.7.2	Medezeggenschap in het primair en voortgezet onderwijs	276
4.7.3	Medezeggenschap in het middelbaar beroepsonderwijs	279
4.7.4	Medezeggenschap in het hoger onderwijs	280
4.7.5	Thema professionele ruimte	281
4.8	Betekenis voor de bestuurder?	283
4.8.1	Inleiding	283
4.8.2	Ontwikkeling zorgplichten	284
4.8.3	Opmerkingen bij de ontwikkeling van het gebruik van zorgplichten	286
4.8.4	Betekenis van zorgplichten voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs	289
Hoofdstuk 5 – Extern toezicht door de overheid krachtens publiekrecht		291
5.1	Inleiding	291
5.1.1	Vooraf	291
5.1.2	Vraagstelling en opzet hoofdstuk	291
5.1.3	Extern toezicht door de overheid en publiekrecht	292
5.1.4	Relevantie extern toezicht voor de bestuurder	293
5.2	Extern toezicht in het algemeen en de verhouding tussen algemeen bestuursrecht en onderwijswetgeving	295
5.2.1	Inleiding	295
5.2.2	Basisbegrippen van extern toezicht	295
5.2.3	Wettelijke grondslag interventies en overzicht publiekrechtelijke interventies	299
5.2.4	Het bestuursrecht als gelaagd systeem	301
5.2.5	Complexiteit verhouding tussen onderwijswetgeving en het algemeen bestuursrecht bij interventies	303
5.2.6	Bijzondere kenmerken van de subsidierelatie in het onderwijs en de beginselplicht tot handhaving	305
5.3	Inspectie van het Onderwijs en de NVAO als externe toezichthouders	310
5.3.1	Inleiding	310
5.3.2	Taken en bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs	310
5.3.3	Taken en bevoegdheden NVAO	320

5.3.4	Nadere opmerkingen bij de taken en bevoegdheden Inspectie van het Onderwijs en NVAO	321
5.4	De gemeente en de gemeenteraad als extern toezichthouder	325
5.4.1	Inleiding	325
5.4.2	Toezicht van de gemeente op de kwaliteit van het onderwijs heeft in beginsel een aanvullend karakter	326
5.4.3	Toezicht gemeenteraden op het openbaar onderwijs	328
5.5	Interventies en bestuurlijke sancties	332
5.5.1	Inleiding	332
5.5.2	Waarschuwing	333
5.5.3	Maatregel	335
5.5.4	Aanwijzingsbevoegdheid	336
5.5.5	Inhouding of opschorting bekostiging	350
5.5.6	Correctie, intrekking en/of wijziging van de bekostiging	354
5.5.7	Ontneming rechten op opleiding, examinering en bekostiging	369
5.6	Betekenis voor de bestuurder?	372
5.6.1	Inleiding	372
5.6.2	Ontwikkeling extern toezicht	373
5.6.3	Betekenis publiekrechtelijk extern toezicht voor de juridische positie van de bestuurder	375
	Hoofdstuk 6 – Het privaatrecht als toetsingskader	379
6.1	Inleiding	379
6.1.1	Vooraf	379
6.1.2	Vraagstelling en opzet hoofdstuk	379
6.1.3	Het veronderstelde primaat van het privaatrecht en het gelijktijdig aanvullend karakter van het privaatrecht	382
6.2	Constitutieve voorwaarden voor onderwijsorganisaties	384
6.2.1	Inleiding	384
6.2.2	Bekostigingsvoorwaarden voor de onderwijsorganisatie met een privaatrechtelijke bestuursvorm	385
6.2.3	Constitutieve voorwaarden van algemeen rechtspersonenrecht	389
6.3	Beperking van de bestuursbevoegdheid in de actuele fase	390
6.3.1	Inleiding	390
6.3.2	Statutaire goedkeuringsrechten	391
6.3.3	Goedkeuringsrechten in de onderwijswetgeving	392
6.3.4	Adviesrechten	396
6.3.5	Gevolgen niet-naleving goedkeurings-, instemmings- of adviesrechten	397

6.4	Privaatrechtelijke interventies gericht op de bestuurder in de correctieve fase	399
6.4.1	Inleiding	399
6.4.2	Bestuurdersaansprakelijkheid	402
6.4.3	Ontslag stichtingsbestuurders door de rechtbank	418
6.4.4	Civielrechtelijk bestuursverbod	422
6.4.5	Enquêterecht	422
6.5	Educational malpractice	423
6.5.1	Inleiding	423
6.5.2	Kwalificatie privaatrechtelijke rechtsverhouding	424
6.5.3	Beginsel van behoorlijk onderwijs en 'educational malpractice'	426
6.6	Ontwikkeling van het privaatrecht in relatie tot de bestuurlijke autonomie	433
6.6.1	Vermaatschappelijking van het privaatrecht	433
6.6.2	Instrumentalisering van het privaatrecht?	434
6.6.3	Overheid en privaatrecht	436
6.7	Betekenis voor de bestuurder?	438
6.7.1	Inleiding	438
6.7.2	De reikwijdte en het gebruik van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten neemt toe	439
6.7.3	Betekenis privaatrecht voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs	441
Hoofdstuk 7 – Samenwerking in het onderwijs		443
7.1	Inleiding	443
7.1.1	Vooraf	443
7.1.2	Vraagstelling en opzet hoofdstuk	443
7.1.3	Mededinging en fiscaliteit	445
7.2	Wat is samenwerking?	446
7.2.1	Samenwerking tussen organisaties	446
7.2.2	Nevengeschikte samenwerking: samenwerkingsverbanden en bestuurlijke netwerken	447
7.2.3	De overheid stuurt op samenwerking	449
7.3	Juridisch karakter van samenwerkingsverplichtingen	451
7.3.1	Inleiding	451
7.3.2	Drie categorieën samenwerkingsverplichtingen	452
7.3.3	Juridische vormgeving samenwerkingsverplichtingen	454
7.3.4	Reflectie op betekenis samenwerkingsverplichtingen	469
7.4	Wettelijke faciliteiten voor samenwerking	471

7.4.1	Inleiding	471
7.4.2	Samenwerkingsovereenkomst kleine scholen en krimpbeleid	471
7.4.3	Centrale dienst primair en voortgezet onderwijs	474
7.4.4	Symbioseregeling voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs	476
7.4.5	Samenwerkingsinstituut	478
7.5	Onderwijsrechtelijke randvoorwaarden bij samenwerking	480
7.5.1	Inleiding	480
7.5.2	Bekostigingsvoorwaarden bij samenwerkingen	481
7.5.3	Fusietoets onderwijs	485
7.6	Betekenis voor de bestuurder?	491
7.6.1	Inleiding	491
7.6.2	Zorgplicht samenwerking	491
7.6.3	Sturing op samenwerking maakt afhankelijker	492
7.6.4	Betekenis van samenwerking voor de juridische positie van de bestuurder	493

Hoofdstuk 8 – Benoeming, kwaliteit, bezoldiging en ontslag van individuele bestuurders

		497
8.1	Inleiding	497
8.1.1	Vooraf	497
8.1.2	Vraagstelling en opzet hoofdstuk	497
8.1.3	De bestuurder als individu	498
8.1.4	De dubbele rechtsbetrekking van de bestuurder	499
8.1.5	Wie is werkgever?	501
8.2	Benoeming bestuurder	502
8.2.1	Inleiding	502
8.2.2	Door wie wordt de bestuurder benoemd?	503
8.2.3	Draagvlak bij de benoeming	506
8.3	Kwaliteit bestuurder	512
8.3.1	Inleiding	512
8.3.2	Profielschetsen	513
8.3.3	Kwaliteitseisen	516
8.3.4	Negatieve kwaliteitseisen	519
8.3.5	Beperkingen aan de benoemingstermijn?	525
8.4	Bezoldiging bestuurder	526
8.4.1	Inleiding	526
8.4.2	WNT	526
8.4.3	Verdere regeling arbeidsvoorwaarden	537

8.5	Ontslag bestuurder	539
8.5.1	Inleiding	539
8.5.2	Rechtspersonenrechtelijk ontslag bestuurder stichting of vereniging	540
8.5.3	Arbeidsrechtelijke toetsing ontslag bestuurder	541
8.5.4	Opzegtermijn en loondoorbetalingsverplichting	544
8.5.5	Ontslagvergoedingen	546
8.5.6	De relatie tussen publiekrechtelijk toezicht en het arbeidsrechtelijk ontslag	550
8.6	Betekenis voor de bestuurder?	552
8.6.1	Inleiding	552
8.6.2	Hoge verwachtingen omtrent de kwaliteit en het functioneren van bestuurders	553
8.6.3	Bestuurders zijn persoonlijke kwetsbaar bij beloning en ontslag	554
8.6.4	Betekenis voor de positie van de bestuurder	556
Hoofdstuk 9 – Autonomie in het onderwijs als verbindend thema		559
9.1	Inleiding	559
9.2	Onderwijsrechtelijke autonomie in de onderwijssectorwetten	560
9.3	Bestuursautonomie en af te wegen belangen	564
9.3.1	Bestuursautonomie in het rechtspersonenrecht	564
9.3.2	De januskop van bestuursautonomie in het rechtspersonenrecht	565
9.3.3	Het belang van de onderwijsorganisatie	567
9.3.4	Duurzame waardecreatie als na te streven belang	569
9.4	Een juridisch beoordelingskader als handvat voor het verbindend thema	571
9.4.1	Inspiratiebronnen	571
9.4.2	Een aanzet voor een juridisch beoordelingskader	574
9.5	Beeoordeling van argumenten voor begrenzing van de autonomie van de bestuurder	575
9.6	Slotopmerking autonomie als verbindend thema	579
9.6.1	Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel als buitengrens	579
9.6.2	De autonomie om te kunnen besturen	580
9.6.3	Het bredere perspectief van het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel	582
Hoofdstuk 10 – Samenvatting, conclusies, een blik vooruit en slot		585
10.1	Inleiding	585
10.2	Samenvatting hoofdstukken	586

10.2.1	Inleiding	586
10.2.2	Een besef van continuïteit (Hoofdstuk 2)	586
10.2.3	Bestuurlijke vormgeving van het onderwijs: naar een professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie (Hoofdstuk 3)	587
10.2.4	Zorgplichten als betrekkelijk recent fenomeen (Hoofdstuk 4)	588
10.2.5	De groei van het publiekrechtelijk toezicht (Hoofdstuk 5)	589
10.2.6	Het privaatrecht als aanvullend toetsingskader (Hoofdstuk 6)	590
10.2.7	Bestuurlijke netwerkvorming in het onderwijs (Hoofdstuk 7)	591
10.2.8	Meer focus op de individuele bestuurder (Hoofdstuk 8)	592
10.2.9	Een breder perspectief op de onderwijsrechtelijke autonomie (Hoofdstuk 9)	593
10.3	Conclusies	593
10.3.1	De intensiteit van de beoordeling van het functioneren van de bestuurder is toegenomen (deelvraag 1)	593
10.3.2	De wettelijke regulering van de juridische positie van de bestuurder is complex en weinig consistent (deelvraag 2)	596
10.3.3	De omvang van de autonomie van de bestuurder is kleiner geworden door de intensivering van het externe toezicht en de hoge verwachtingen van bestuurders (deelvraag 3)	598
10.3.4	Beantwoording probleemstelling: “Wat is de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs?”	600
10.4	Een blik vooruit	603
10.5	Slot	607
	Bijlage – Ontwikkeling artikel 23 Grondwet	611
	Bijlage 5.2.3a – Overzicht publiekrechtelijke interventie-instrumenten in het onderwijs (exclusief openbaar onderwijs)	615
	Bijlage 5.2.3b – Overzicht publiekrechtelijke instrumenten per sector en inclusief openbaar onderwijs	619
	English Summary	623
	Literatuurlijst	633
	Lijst afkortingen tijdschriften en jurisprudentie	673
	Jurisprudentie	675

Dankwoord	685
Curriculum Vitae	691

LIJST AFKORTINGEN

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
aoc	agrarisch opleidingencentrum
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Brin	basisregistratie instellingen
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College Beroep Bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
Crebo	Centraal register beroepsopleidingen
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
funderend onderwijs	Het primair en voortgezet onderwijs gezamenlijk.
hoger onderwijs (HO)	Het hoger onderwijs bestaande uit het hoger beroepsonderwijs en het wetenschappelijk onderwijs als bedoeld in de Whw.
HR	Hoge Raad
Inspectie van het Onderwijs	De Inspectie van het Onderwijs bedoeld in de Wot. Ook Onderwijsinspectie of IvO.
IVESCR	Internationaal Verdrag Economische, Sociale en Culturele Rechten
Leerplichtwet 1969	De leerplicht houdt in dat kinderen verplicht naar school moeten. Vanaf het moment dat een kind 5 jaar is tot het einde van het schooljaar waarin het kind 16 jaar wordt, is het op grond van de Leerplichtwet 1969 verplicht naar school te gaan (leerplichtig). Van 16 tot 18 jaar is een kind gedeeltelijk leerplichtig.
MBO	Middelbaar beroepsonderwijs als bedoeld in de Web
MBO Raad Vereniging	MBO raad, zijnde de branche- of koepelorganisatie voor de sector middelbaar beroepsonderwijs.
medezeggenschapsraad (MR)	Een medezeggenschapsraad als bedoeld in de Wms, de Web of de Whw. De medezeggenschapsraad kan zijn een medezeggenschapsraad bestaande ouders, leerlingen en personeel (Web), een ondernemingsraad als bedoeld in de Wor, een deelnemersraad als bedoeld in de Web of een (facultaire) studentenraad als bedoeld in de Whw.
Ministerie van OCW (OCW)	Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen
NVAO	Nederlands-Vlaamse Accreditatie Organisatie

LIJST AFKORTINGEN

OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.
PO	Primair onderwijs of basisonderwijs
PO-Raad Vereniging	PO-Raad, zijnde de branche- of koepelorganisatie voor de sector primair onderwijs en het speciaal (basis)onderwijs.
roc	regionaal opleidingencentrum
Vereniging Hogescholen	Vereniging Hogescholen, vroeger HBO raad. De branche- of koepelorganisatie voor de hogescholen.
vmbo	Vorbereidend middelbaar beroepsonderwijs
VO	Voortgezet onderwijs
VO-raad	De vereniging VO-raad, zijnde de branche- of koepelorganisatie voor de sector voortgezet onderwijs.
VSNU	Vereniging Samenwerkende Nederlandse Universiteiten. De branche- of koepelorganisatie voor de Nederlandse universiteiten
VTOT	Vereniging Toezichthouders onderwijsinstellingen
vve	voor- en vroegschoolse educatie
Web	Wet educatie en beroepsonderwijs
Wec	Wet op de expertisecentra
Whw	Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
Wms	Wet medezeggenschap op scholen
Wor	Wet op de ondernemingsraden
Wot	Wet op het onderwijstoezicht
Wpo	Wet op het primair onderwijs
Wvo	Wet op het voortgezet onderwijs

HOOFDSTUK 1 – INLEIDING EN VERANTWOORDING

1.1 COMPLEXE ONDERWIJSORGANISATIES EN HOGE MAATSCHAPPELIJKE VERWACHTINGEN

1.1.1 *Onderwijsorganisaties verzorgen onderwijs*

De hoofdmoot van de onderwijswet- en regelgeving richt zich op de bestuurlijke organisatie van het onderwijs, de bekostiging van het onderwijs en het externe toezicht. Dat bevreemdt niet-juristen soms. Immers, onderwijs kenmerkt zich juist door interactie tussen docenten en leerlingen of studenten en vindt plaats op school en in de klas. Onderwijs gaat uit van kennisoverdracht: “onderwijs is georganiseerde communicatie van niet-incidentele aard met als doel overdracht van kennis, vermeerdering van inzicht en/of aanleren van vaardigheden”.¹ De belangrijkste rechtsverhouding in het onderwijs is die tussen de onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten en hun ouders. De school of de onderwijsinstelling zelf is de gemeenschap; daar vindt het onderwijs plaats.

Het verzorgen van onderwijs volgt het recht van jongeren op onderwijs. Dit recht op onderwijs vinden we terug in artikel 2 Eerste Protocol Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en is ook benoemd in artikel 13 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR).² Het is de taak van de Staat om dit recht op onderwijs te (doen) verwezenlijken door het primair onderwijs voor allen verplicht en kosteloos beschikbaar te laten zijn en door het secundair en het hoger onderwijs algemeen beschikbaar en voor allen toegankelijk te maken. Reeds uit de twee internationale verplichtingen volgt dat de overheid niet zelf onderwijs hoeft te geven. Zij kan dit ook laten doen door andere organisaties dan de overheid. Hoewel niet expliciet volgt het recht op onderwijs ook uit artikel 23 Grondwet. Artikel 23 lid 4 Grondwet bevat daartoe een vangnetfunctie voor het door de overheid voorzien in voldoende openbaar onderwijs. In de praktijk is de Staat echter afhankelijk van organisaties die onderwijs geven en daarmee een activiteit van publiek belang verrichten.

1 UNESCO, *International Standard of Education 2011* (ISCED), Parijs, 2011 en CBS, *Standaard Onderwijs Indeling*, Den Haag 1998. Zie www.uis.unesco.org en www.cbs.nl.

2 Zie over leerplichten en het recht op onderwijs onder meer: De Graaf 2000, Coomans 1992, Zoontjens 2008a en Vermeulen 2007 en uiteraard Noorlander 2005.

In het Nederlands onderwijsbestel geven onderwijsorganisaties van oudsher invulling aan de verwezenlijking van het recht op onderwijs. Zij houden scholen en instellingen in stand en verzorgen onderwijs. De Staat richt zich vooral op het stelsel en op het toezicht op het onderwijs. Dat doet de wetgever door minimumnormen met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs vast te stellen, door bekostigingsvoorwaarden voor de verkrijging en besteding van publieke middelen te formuleren en door eisen aan de bekwaamheid van docenten vast te leggen. Al die onderwijsorganisaties kennen bestuurders.

1.1.2 *Vertrekpunt en aanleiding*

Professioneel bestuur als relatief nieuw fenomeen

Vertrekpunt voor dit onderzoek is de verandering van de positie van de bestuurder de afgelopen dertig jaar. Er heeft zich een ontwikkeling voorgedaan van zelfstandige scholen met aan het hoofd een hoofdonderwijzer, docent of wetenschapper, naar scholen die deel uitmaken van complexe onderwijsorganisaties, met meerdere directeuren, met professionele bestuurders en met intern toezichthouders. Tot het midden van de jaren tachtig was vooral sprake van kleine zelfstandige onderwijsorganisaties met een publiekrechtelijk of een privaatrechtelijk karakter. Inmiddels zijn de meeste onderwijsorganisaties privaatrechtelijk vormgegeven en houden zij meerdere scholen of één grote instelling in stand.

Het gegeven dat inmiddels de meeste bestuurders eerst en vooral bestuurder zijn en veel minder docent of wetenschapper, doet sommigen verzuchten dat juist docenten en wetenschappers zouden moeten besturen.³ Dergelijke verzuchtingen staan symbool voor de indruk dat de afstand tussen de professioneel bestuurder enerzijds en onderwijsgevend personeel en leerlingen/studenten anderzijds groter is geworden. Ook wordt wel opgemerkt dat de afgelopen dertig jaar onderwijsbestuurders “in de verkeerde rol gedrukt [zijn, MN] van bedrijfsleider en ondernemer in plaats van dat op hen een beroep is gedaan om het onderwijs normatief-inhoudelijk te besturen”.⁴ Bestuurders wordt ook wel verweten dat zij te veel manager zijn en dat zij als manager niet mogen bepalen hoe er onderwijs gegeven wordt.⁵

Bestuurders zijn ook meer de spin in het web geworden. Zij zijn de centrale actor in het bestuurlijk krachtenveld rondom het onderwijs binnen de onderwijsorganisatie. Een bestuurder bestuurt de onderwijsorganisatie, geeft leiding aan het personeel en vertegenwoordigt de onderwijsorganisatie in het rechtsverkeer met leerlingen/studenten, ouders,

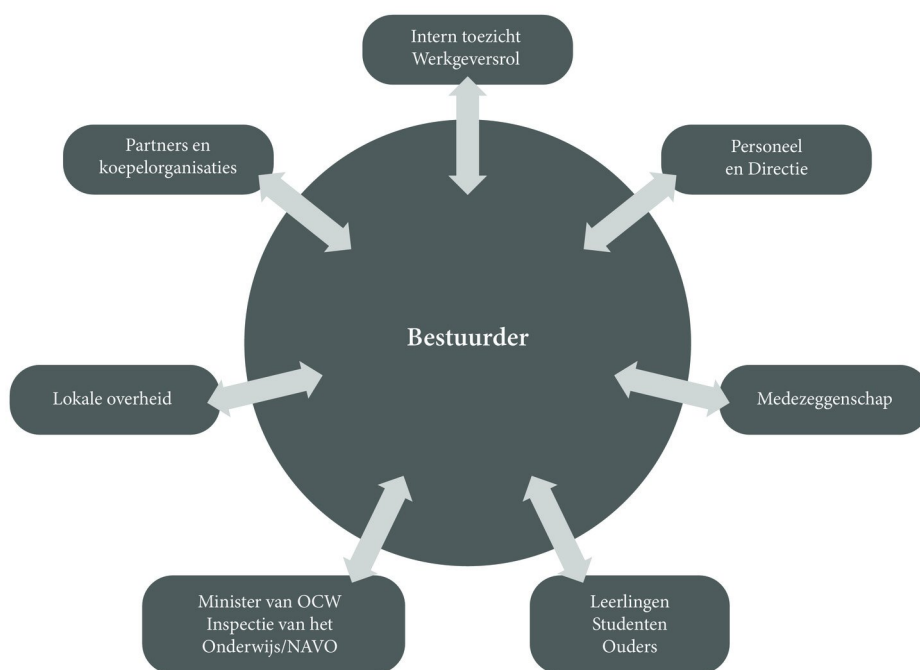
3 Clevers 2015.

4 Hooze 2013, p. 6.

5 Verbrugge & Verbrugge-Breeuwsma 2006 of Van Dijk 2015.

personeel, overheid en maatschappelijke partners. Een bestuurder moet samenwerken met diverse betrokkenen, is degene die aan die betrokkenen in meer of mindere mate verantwoording aflegt en is – in de meeste gevallen – tevens werknemer.

Figuur 1.1.2 Bestuurlijk krachtenveld



Meer en sneller botsende belangen

Bestuurders moeten de afgelopen dertig jaar meer belangen afwegen. De belangen van de verschillende actoren in het bestuurlijk krachtenveld botsen echter soms en die botsing springt sneller in het oog.

De diverse actoren in het voor de bestuurder geldende krachtenveld hebben allemaal een eigen belang. Dat maakt dat van de bestuurder als centrale actor steeds een afweging van die belangen wordt verwacht. Soms vallen de diverse belangen samen maar niet altijd. Het belang van de bestuurder is vaak gelijk aan het belang van de eigen onderwijsorganisatie maar dat is niet altijd het geval. Dat geldt voor alle actoren en rechtsverhoudingen. Het belang van het personeel is ook niet altijd gelijk aan het belang van de onderwijsorganisatie.

De wijze waarop wordt omgegaan met krimp en de roep van sommigen om het eenvoudiger te maken dat scholen ‘uittreden’, illustreert dit. Het kan in het belang van een dorpsgemeenschap zijn dat een kleine school openblijft, ook als de kwaliteit van het onderwijs onder druk staat waardoor het belang van individuele leerlingen in het geding kan zijn. Een uit-treding van een school uit een onderwijsorganisatie kan de wens zijn van ouders en personeel op die school maar tegelijkertijd strijdig zijn met het belang van solidariteit tussen de scholen die door de onderwijsorganisatie in stand worden gehouden. Vergelijkbare solidariteitsdebatten kunnen ook opspelen binnen universiteiten, hogescholen en grotere regionale opleidingscentra. De potentiële financiële risico’s die het gevolg zijn van de bijbehorende botsingen van belangen, kunnen ook voor bestuurders gevolgen hebben. Niet alleen omdat bij bestuurlijke conflicten of financiële crisis hun bestuurlijk draagvlak weg kan vallen – de perikelen bij UvA zijn daarvan een voorbeeld –, maar ook omdat zij onderwerp kunnen worden van onderzoeken naar hun persoonlijke aansprakelijkheid voor de wijze waarop zijn hun bestuurlijke taak hebben vervuld. Alleen al het bestaan van die mogelijkheid geeft reeds aan dat ook het (financiële) privébelang van bestuurders op enig moment een rol kan spelen.

Behoeftte aan begrenzing van de autonomie van bestuurders

De indruk is dat de behoefte aan het begrenzen van de autonomie van bestuurders in de afgelopen dertig jaar is gegroeid. Zo’n dertig jaar geleden is een proces op gang gekomen waarbij is gekozen voor een overgang naar grotere autonomie van onderwijsorganisaties en minder centrale sturing door de overheid op het onderwijs(proces). De gekozen sturingsfilosofie hield in dat onderwijsorganisaties meer (financiële) beleidsruimte verkregen en dat de overheid terugtrad op terreinen als personeelsbeleid, schoolbegeleiding en huisvesting. Tegenover deze materiële deregulering en autonomievergroting stond de behoefte aan onderwijsorganisaties die indringender (en achteraf) verantwoording afleggen aan de overheid en aan de eigen omgeving over de gemaakte keuzes, de verkrijging en besteding van publieke middelen en de onderwijsresultaten.

De overheid is de afgelopen jaren, aldus ook de Onderwijsraad in 2014, explicieter gaan sturen op de kwaliteit van onderwijs en op de opbrengsten.⁶ Bestuurders van onderwijsorganisaties worden meer individueel op de kwaliteit van het onderwijs en op het realiseren van een kwaliteits- en verbetercultuur aangesproken. De onderwijswetgeving stelt inmiddels hoge eisen aan de inrichting van de bestuurlijke organisatie en biedt expliciet de mogelijkheid interventies te richten op individuele bestuurders. De regering, de Inspectie van het Onderwijs en meerdere adviescommissies zijn voorts met enige regelmaat kritisch op het functioneren van bestuurders.

6 Onderwijsraad 2014b, p. 8.

Ook de behoefte bij leerlingen/studenten, ouders, personeel en maatschappelijk partners aan meer verantwoording door bestuurders is toegenomen. Zij zijn mondiger, met regelmaat kritisch over het functioneren van bestuur en management en verwachten een hoge kwaliteit. De overheid versterkt dit proces met wetgevingsvoorstellen en met uitlatingen. Zo uitte de regering de verwachting dat als gevolg van het sociaal leenstelsel studenten meer kwaliteit verlangen en bewuster kiezen.⁷ De verwachtingen die de verschillende actoren hebben van onderwijsorganisaties en hun bestuurders zijn hoog. Dit onderzoek zal duidelijk maken dat dergelijke hoge verwachtingen betekenis hebben voor de juridische positie van de bestuurder en zijn bestuurlijke autonomie.

1.2 PROBLEEMSTELLING EN DEELVRAGEN

De beschreven aanleidingen en de daarop geënte indruk dat de behoefte aan begrenzing van de autonomie van bestuurders de afgelopen jaren is gegroeid, leiden tot juridische vragen. In dit onderzoek wordt nagegaan wat dit alles betekent voor de juridische positie van bestuurders van bekostigde onderwijsorganisaties. De onderwijsorganisaties waarvan zij bestuurder zijn, zijn vaak complex en meestal privaatrechtelijk vormgegeven. Op het handelen van bestuurders wordt intern en extern toezicht gehouden en bestuurders werken met veel maatschappelijke partners samen.

Dit leidt tot de volgende probleemstelling voor dit onderzoek:

- Wat is de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie?

Ten behoeve van de beantwoording van deze probleemstelling zijn drie deelvragen geformuleerd:

1. Is er – tegen de achtergrond van de beschreven ontwikkelingen – sprake van een ontwikkeling die van betekenis is voor de juridische positie van de professioneel bestuurder in het onderwijs en wat houdt die ontwikkeling in?
2. Hoe is de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie gereguleerd en is die regulering consistent?
3. Met welke begrenzingen van zijn autonomie wordt een professioneel bestuurder geconfronteerd?

Het uitgangspunt bij de beantwoording van de probleemstelling is dat zowel onderwijsorganisaties als hun professionele bestuurders autonomie hebben. Autonomie wordt in dit

⁷ Kamerstukken II 2014/15, 34035, nr. 3, p. 41.

onderzoek opgevat als een natuurlijk iets. Autonomie is niet verkregen of gegund; zij is er. Autonomie is als ‘natuurlijk iets’ uiteraard wel gestold en bevestigd in wetgeving en jurisprudentie. Artikel 23 Grondwet is daarvan een voorbeeld en ook in de onderwijswetgeving treffen we bepalingen aan die de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders afbakenen. Voor bestuurders van verenigingen en stichtingen is het uitgangspunt van bestuursautonomie bevestigd in de artikelen 2:44/291 lid 1 BW (het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon). Wat de precieze omvang van autonomie echter is, is juridisch moeilijk te bepalen. Autonomie laat zich lastig definiëren.⁸ Wel kan juridisch onderzoek worden gedaan naar de wettelijke begrenzing van de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders en de rechtvaardiging van die begrenzing.⁹

Om een antwoord te kunnen geven op de geformuleerde probleemstelling en de bijbehorende deelvragen kan niet enkel en alleen worden gekeken naar de bestuurder als individu. Bestuurders maken altijd onderdeel uit van een bestuur en dat bestuur is in beginsel ook het bestuurlijk orgaan van een rechtspersoon. De beoordeling van het functioneren van een individuele bestuurder wordt aldus beïnvloed door oordelen over en verwachtingen omtrent het functioneren van het bestuurlijk orgaan en de rechtspersoon. Dat geldt ook voor hun juridische positie. Om die reden is er ten behoeve van de beantwoording van de probleemstelling en de deelvragen voor gekozen tevens aandacht te besteden aan de juridische positie van complexe onderwijsorganisaties waarin de bestuurder acteert.

1.3 DOELSTELLING ONDERZOEK

De doelstelling van dit onderzoek is eerst en vooral het ontwikkelen van meer inzicht in de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie. Hoe zit het nu? Voor een antwoord op die vraag is het noodzakelijk om het voor de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie geldende juridisch kader in kaart te brengen en te ordenen. Dit kader wordt gevormd door de bijzondere onderwijswet- en regelgeving, het privaatrecht en het algemeen publiekrecht. Zo ontstaat een overzicht van de eisen die de huidige wet- en regelgeving, jurisprudentie en inzichten uit de relevante rechtswetenschappelijke literatuur direct of indirect stellen aan de bestuurder in het onderwijs. Het is de wens om de taken en bevoegdheden van de bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie te benoemen, de verantwoordelijkheden van de bestuurder te beschrijven en de diverse verantwoordingsgremia te duiden.

Dit onderzoek en het te beschrijven juridisch kader dienen ook te leiden tot meer inzicht in de autonomie van de bestuurder. Het onderzoek moet handvatten bieden voor

8 Hooge 2013, p. 6 met literatuurverwijzingen.

9 Deze methodiek hanteerden Laemers in Laemers 1999 en Hooge in Hooge 1998.

het beoordelen van het functioneren van de bestuurder en de rechtmatigheid, behoorlijkheid, redelijkheid en evenredigheid van interventies door anderen op de bestuurlijke autonomie. Mede op basis van dit onderzoek kan zo de houdbaarheid van de huidige wet- en regelgeving worden beoordeeld en worden nagegaan of nieuwe wetgevingsinitiatieven en het inzetten van interventie-instrumenten aansluiten bij het geldend juridisch kader.

Oogmerk van dit onderzoek is tot slot ook het doen van enkele aanbevelingen.

1.4 DE BEGRIPPEN BESTUURDER, ONDERWIJSORGANISATIE EN COMPLEXE ONDERWIJSORGANISATIE

Bij de formulering van de probleemstelling is gebruikgemaakt van de begrippen ‘bestuurder’ en ‘complexe onderwijsorganisatie’. Omdat deze begrippen van invloed zijn op de reikwijdte en de beperking van dit onderzoek volgt een korte toelichting.

Professioneel bestuurder

De bestuurder die in dit onderzoek centraal staat, is een bestuurder met doorgaans meerdere hoedanigheden. Hij is een privépersoon en kan lid zijn van het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon (de onderwijsorganisatie), lid zijn van het bestuurlijk orgaan van de onderwijsinstelling en tevens werknemer zijn van de onderwijsorganisatie. De juridische positie van de bestuurder en bijbehorende taken, bevoegdheden, rechten en verplichtingen verschillen per hoedanigheid. Tegelijkertijd beïnvloeden die hoedanigheden elkaar over en weer.

Onder bestuurder wordt in dit onderzoek verstaan de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie die belast is met de functie bestuur, die het besturen als hoofdtak heeft, die gewoonlijk lid is van het bestuurlijk orgaan en die (doorgaans) wordt bezoldigd. Met ‘professioneel’ wordt bedoeld aan te geven dat voor die bestuurder ‘het besturen’ zijn professie is. De omvang van de bestuurlijke taak wordt vooral in hoofdstuk 3 besproken en meer indirect in de hoofdstukken 4 en 6. In hoofdstuk 8 komt de dubbele rechtsbetrekking als lid van het bestuurlijk orgaan (rechtspersonenrechtelijke rechtsbetrekking) en als bezoldigd werknemer (arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking) aan bod.

Het rechtspersonenrecht gaat ervan uit dat een bestuurder lid is van het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon. In het onderwijs is dat niet altijd het geval. Allereerst vallen het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon (de onderwijsorganisatie) en het bestuurlijk orgaan van de onderwijsinstelling weliswaar vaak samen, maar dat is niet steeds een wettelijk

voorschrift.¹⁰ Of het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon en het bestuurlijk orgaan van de onderwijsinstelling samenvallen, is afhankelijk van de onderwijssectorwet, de bestuursvorm en het bestuursmodel van de onderwijsorganisatie. Een bestuurder kan deel uitmaken van een eenhoofdig of een meerhoofdig (collegiaal) bestuur. Een bestuurder kan voorts binnen het raad van toezicht-model of het raad van beheer-model statutair en uitvoerend bestuurder zijn. De onderwijswetgeving laat daarnaast de mogelijkheid open dat de zogeheten ‘functie bestuur’ titulair wordt vervuld door de directie binnen het bestuur-directie-model. Met het begrip ‘functie bestuur’ wordt bedoeld het belast zijn met de algemene leiding van de onderwijsorganisatie en deze functie moet worden afgezet tegen de ‘functie intern toezicht’.¹¹ Bij complexe onderwijsorganisaties is het aantal bestuurders dat de functie bestuur alleen titulair vervult uiteindelijk gering. In het hoger onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs hanteren nagenoeg alle onderwijsorganisaties het raad van toezicht-model. In het voortgezet onderwijs bedroeg in 2014 het percentage onderwijsorganisaties met een raad van toezicht-model ook al 85%.¹² Dat is een reden om er in dit onderzoek in beginsel van uit te gaan dat de bestuurder als professioneel bestuurder lid is van het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon.

Onderwijsorganisatie

In dit onderzoek wordt waar mogelijk het begrip ‘onderwijsorganisatie’ als verzamelterm gebruikt voor de organisatie die één of meer scholen in stand houdt. De ‘onderwijsorganisatie’ is een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon en de onderwijsorganisatie is in dat laatste geval in beginsel vrij in de keuze van de precieze rechtsvorm. Het begrip onderwijsorganisatie is neutraal. Het begrip is onafhankelijk van de vraag of sprake is van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid en onafhankelijk van de rechtsvorm stichting of (coöperatieve) vereniging. Het begrip is tevens onafhankelijk van de omvang van de organisatie of de verdeling van bevoegdheden binnen de organisatie. Het maakt ook geen onderscheid tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs of tussen de diverse wettelijk geregelde (openbare) bestuursvormen.

Het begrip ‘onderwijsorganisatie’ is ontleend aan de onderwijswetgeving.¹³ Onderwijsgevend personeel wordt geacht werkzaam te zijn ‘binnen een onderwijsorganisatie’, zo bepalen de

10 Zie voor een toelichting hoofdstuk 3.

11 De keuze voor ‘functie bestuur’ volgt de formulering van artikel 17a lid 1 Wpo en artikel 24d lid 1 Wvo. Bij de regionale opleidingscentra, de hogescholen en de universiteiten wordt de functie bestuur vervuld door de leden van het college van bestuur. Zie verder hoofdstuk 3.

12 Honingh & Van Genugten 2014, p. 16. Zie ook Commissie Goed Onderwijsbestuur VO 2014 en Wintgens 2016.

13 Wet op de beroepen in het onderwijs (Stb. 2004, 344; dossier 28088).

artikelen 32a Wpo, 36 Wvo en artikel 4.2.3 Web. De minister van OCW merkte in 2002 over dit begrip op: “Een onderwijsorganisatie is veelal een complexe organisatie die hoge eisen stelt aan het management”.¹⁴ Ook de Code Goed Onderwijsbestuur van de VO-raad hanteert het begrip ‘onderwijsorganisatie’ als verzamelterm en verstaat daaronder: “het bestuur en het interne toezicht inclusief de school/scholen die onder het bestuur ressorteren”.¹⁵ De meeste onderwijsorganisaties hebben in elk geval het geven van onderwijs ten doel en worden grotendeels met publieke middelen bekostigd. Het begrip ‘onderwijsorganisatie’ is verbonden met onderwijsrechtelijke begrippen als ‘bevoegd gezag’, ‘bestuur’, ‘instelling’ en ‘school’ maar betekent niet hetzelfde. In hoofdstuk 3 komen deze kernbegrippen nader aan bod.

Met opzet is niet voor het begrip instelling gekozen als algemene term. Tot de Wet op de stichtingen 1956 werd een ‘instelling’ ook wel aangeduid als een stichting en waren deze beide begrippen grotendeels synoniem. Thans vertoont het begrip ‘instelling’ meer verwantschap met het begrip ‘onderneming’ zoals te herkennen in de Wet op de ondernemingsraden en de Handelsregisterwet. Gelijk een onderneming wordt een instelling in stand gehouden door een rechtspersoon. Een rechtspersoon kan meerdere ondernemingen en instellingen in stand houden. Of in dit onderzoek: een onderwijsorganisatie kan meerdere scholen, onderwijsinstellingen of andere maatschappelijke instellingen en ondernemingen in stand houden.

De keuze om in dit onderzoek de rechtspersoon als ‘onderwijsorganisatie’ aan te merken, wijkt af van het voornemen in het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen. In dat wetsvoorstel wordt voorgesteld om in artikel 2:9 lid 3 BW op te nemen dat de bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak dient “te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie”.¹⁶ Dat getuigt van een wens om het begrip ‘onderneming’ te vervangen door het begrip ‘organisatie’, en daarmee voor het maken van een onderscheid tussen (a) rechtspersoon en (b) een organisatie die door die rechtspersoon in stand wordt gehouden. Omwille van neutraliteit en leesbaarheid is in dit onderzoek gekozen voor het bredere begrip onderwijsorganisatie als verzamelterm. Al was het maar omdat de lexicologische betekenis van organisatie is “(1) het organiseren, (2) de manier waarop de verschillende delen tot een systematisch geheel in elkaar zijn gezet en

¹⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28088, nr. 5, p. 25.

¹⁵ *Branchecode VO* 2015.

¹⁶ Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen). Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

(3) een georganiseerd lichaam enzovoorts”.¹⁷ Dat duidt op een breed toepassingsbereik. Een ‘organisatie’ is meer dan een enkele instelling of onderneming.

Complexe onderwijsorganisatie

Een onderwijsorganisatie kan een vereniging zijn die als eenpitter een kleine school in stand houdt, maar kan ook een onderwijsorganisatie zijn in de zin van “een complexe organisatie die hoge eisen stelt aan het management”.¹⁸ Ter indicatie, een onderwijsorganisatie beschouw ik in elk geval als ‘complex’ als deze meerdere scholen in het primair of voortgezet onderwijs of één of meer onderwijsinstellingen in het middelbaar beroepsonderwijs of het hoger onderwijs in stand houdt, er sprake is van meer dan 100 personeelsleden en/of als sprake is van een jaarlijkse omzet van meer dan 10 miljoen euro.

Deze grenzen zijn weliswaar steeds indicatief van aard maar niet geheel willekeurig. Zo ontving in 2014 een onderwijsorganisatie met één school voor voortgezet onderwijs en 800 leerlingen ongeveer 5,5 miljoen euro.¹⁹ In het primair onderwijs ontving in 2014 een onderwijsorganisatie met zes basisscholen in een middelgrote stad ongeveer 9,3 miljoen euro per jaar.²⁰ Onderwijsorganisaties met deze omvang beschouw ik, net als de zogeheten eenpitters in het primair en voortgezet onderwijs, in dit onderzoek niet als complex. Uiteraard wil dat niet zeggen dat het besturen van een dergelijke onderwijsorganisatie niet complex is. Het besturen van een kleine onderwijsorganisatie met een vijftal scholen in een krimpregio kan bestuurlijk een grote uitdaging zijn, net als dat geldt voor de besturing van een zelfstandig gymnasium met zeer veeleisende ouders of het besturen van een kleine onderwijsorganisatie die er financieel slecht voor staat.

De keuze om de blik te richten op professionele bestuurders bij complexe onderwijsorganisaties betekent dat dit onderzoek zich in beginsel niet richt op bestuurders van zogeheten eenpitters in het primair en voortgezet onderwijs. Wel zijn veel aspecten die in dit onderzoek aan de orde komen ook voor die bestuurders van betekenis.

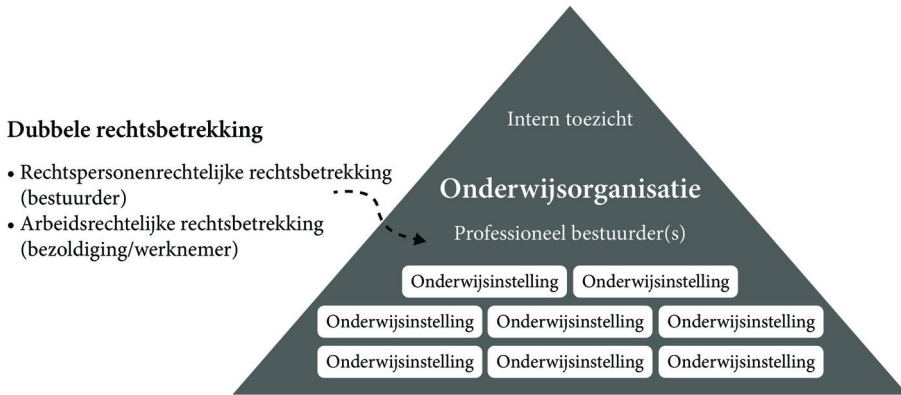
17 Zie www.vandale.nl over ‘organisatie’, 1 januari 2016.

18 *Kamerstukken II* 2001/02, 28088, nr. 5, p. 25.

19 Zie bijvoorbeeld de gegevens op www.duo.nl over Vereniging 1^e VCL te Den Haag.

20 Zie bijvoorbeeld de gegevens op www.duo.nl over Stichting Christelijk Basisonderwijs Delft en omstreken.

Figuur 1.4 Begrippen bestuurder, onderwijsorganisatie en complexe onderwijsorganisaties



1.5 BEELD VAN DE PROFESSIONEEL BESTUURDER

1.5.1 *Wat doet een bestuurder?*

Wat is heden ten dage het beeld bij een bestuurder? Wat doet een bestuurder in de praktijk? Het belast zijn met de functie bestuur betekent allereerst dat een professioneel bestuurder niet degene is die intern toezicht houdt. Hij vervult een bestuurlijke taak. Het betekent in de tweede plaats dat een professioneel bestuurder zelf geen les geeft. Als hij al onderwijs geeft of wetenschap verricht, dan doet hij dat naast zijn bestuurlijke taak.

Deze beschrijvingen maken duidelijk dat de afgelopen dertig jaar een wijziging heeft plaatsgevonden. Tot in elk geval 1985 droeg het 'hoofd' van de school of onderwijsinstelling verantwoordelijkheid voor zowel de instelling als de onderwijsorganisatie en stond het bestuur op afstand van de dagelijkse gang van zaken binnen de rechtspersoon. Tegenwoordig is er sprake van professionele bestuurders van complexe onderwijsorganisaties die de verantwoordelijkheid dragen voor het dagelijks bestuur van de onderwijsorganisatie maar tegelijkertijd op enige afstand staan van het dagelijks onderwijsproces. Tegenwoordig is ook sprake van intern toezichthouders die op afstand intern toezicht houden op het bestuur van de onderwijsorganisatie. Op het niveau van de onderwijsinstelling of de organisatorische eenheid is nog wel steeds sprake van een laag van schoolleiders, directeuren, rectoren en decanen die men zou kunnen aanduiden als 'hoofd'. Hun taken en bevoegdheden beperken zich doorgaans tot de eigen school of organisatorische eenheid en omvatten niet per defi-

nitie ook bestuurlijke verantwoordelijkheden voor de onderwijsorganisatie als geheel. Zij richten zich primair op de onderwijskundige leiding.

Gevolg hiervan is dat bij complexe onderwijsorganisaties inmiddels drie lagen te herkennen zijn: de intern toezichthouder van de onderwijsorganisatie, de professioneel bestuurder van de onderwijsorganisatie en de directeurs als hoofden van de scholen of organisatorische eenheden. De intern toezichthouder richt zich op de functie intern toezicht, de bestuurder vervult de functie bestuur en elk 'hoofd' is belast met de onderwijskundige leiding van de eigen school of organisatorische eenheid.

Een professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie geeft geen onderwijs en is ook geen uitvoerder van beleid. Dit onderzoek bevestigt dat een bestuurder echter wel iets doet: hij bestuurt. Dat is iets actiefs. Het stichtings- en verenigingsrecht omschrijven die bestuurstaak of -opdracht niet. Een bestuurder is belast met het bestuur behoudens de beperkingen volgens de statuten, aldus artikel 2:44/291 lid 1 BW en artikel 2:9 lid 1 BW Nieuw. Artikel 2:9 lid 3 BW Nieuw bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Artikel 2:9 lid 2 eerste volzin BW geeft verder aan dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Die verantwoordelijkheid is hoofdelijk.

Besturen veronderstelt verantwoordelijkheid. Binnen het algemeen rechtspersonenrecht wordt aangenomen dat het 'besturen' zowel een taak als een bevoegdheid is; die bestuurlijke taak en bevoegdheid gaan hand in hand.²¹ Maeijer wijst op een aantal taken, bevoegdheden en verantwoordelijken die tezamen het besturen invulling geven. Het gaat volgens hem om het dagelijks leiding geven aan de rechtspersoon, het verrichten van de dagelijkse bestuurlijke handelingen, het nemen van initiatieven en vooruitzien, het zorgdragen voor de deelneming aan het rechtsverkeer en het gericht zijn op het functioneren van de organisatie.²² Besturen is dan ook meer dan leiding geven. Het omvat – in de woorden van Van Schilfgaarde – ook plannen maken, strategie bepalen, beleid uitstippelen.²³

Hoewel een juridisch sluitende definitie van besturen niet eenvoudig te formuleren is, kan een rechter wel een antwoord formuleren op de vraag of een bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult. Dit kan hij doen door te verwijzen naar de in artikel 2:9 BW opgenomen

21 Dijk/Vander Ploeg 2013, p. 185 en Van Schilfgaarde, p. 125-126.

22 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390 en Asser/Maeijer 2-II 1997/484 en 317.

23 Van Schilfgaarde 2013, p. 125.

norm voor de bestuurder om de bestuurlijke taak behoorlijk te vervullen en de in artikel 2:10 BW beschreven verplichting van het bestuur als bestuurlijk orgaan om zorg te dragen voor een deugdelijke financiële administratie en bijbehorend beheer. De bestuurder heeft daarbij een *duty of care* en een *duty of loyalty*.²⁴ Het kijken naar de vraag wanneer blijkens de jurisprudentie de bestuurstaak mogelijk onbehoorlijk is vervuld, leert dat besturen in elk geval omvat:²⁵

- het zorgen voor de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon;
- het leiding geven aan en zorgen voor een goede taakvervulling van een rechtspersoon, voor de deelneming aan het maatschappelijk verkeer en voor het functioneren van het apparaat van de rechtspersoon;
- het op adequate wijze administratie voeren van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van die rechtspersoon en er als bestuurder voor zorg dragen dat hij als bestuurder tijdig van juiste en toereikende informatie over de gang van zaken binnen de rechtspersoon wordt voorzien;
- het tijdig treffen van adequate maatregelen indien voor het bestuur duidelijk is dat zich binnen de rechtspersoon misstanden voordoen of zich dreigen voor te doen.

Het beantwoorden van de vraag wat een bestuurder nu doet – of juridisch geformuleerd: wat zijn taak is als lid van het bestuurlijk orgaan en wat zijn verplichting is als werknemer – kan in het onderwijs niet alleen worden beantwoord door te wijzen op het algemeen rechtspersonenrecht of het arbeidsrecht. De bijzondere onderwijswetgeving speelt ook een rol. Uit dit onderzoek zal blijken dat de taak van een professioneel bestuurder moet worden afgeleid uit het vlechtwerk van bijzondere onderwijswet- en regelgeving, het privaatrecht en het bestuursrecht. Gewezen kan worden op in elk geval de volgende taakelementen:

- het leiding geven aan de eigen onderwijsorganisatie;
- het uitoefenen van het aan de onderwijsorganisatie toegekende openbaar gezag;
- het in dat kader naleven van de onderwijswet- en regelgeving en het afleggen van verantwoording over de vervulling van de diverse zorgplichten en publiekrechtelijke bevoegdheden;
- het bevorderen van het draagvlak voor het te voeren beleid van de onderwijsorganisatie binnen de interne bestuursorganisatie en bij de medezeggenschap;
- de invulling van goed werkgeverschap;

²⁴ Hendrikse 2009, par. 5, Lennarts, p. 142-144 en Overes 2015, p. 519.

²⁵ Zie o.a. Rb. Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2010/123 m.nt. Y. Borrius en Gerechtshof Amsterdam 11 december 2012, *JOR* 2013/5 m.nt. Y. Borrius (Stichting Derdengelden); Gerechtshof Den Haag 1 juni 2010, *ECLI:NL:GHDHA:2015:BM6020*, *JIN* 2010/451 (Stichting TBH), r.o. 12 en Rb. Utrecht 24 juli 1997, *KG* 1997/318. Zie ook Van der Ham 2008a en Van der Ham 2008b.

- het vertegenwoordigen van de onderwijsorganisatie in de relevante bestuurlijke netwerken en het nakomen van de in dat netwerk gemaakte afspraken.

1.5.2 *Besturen betekent zorgen*

Wat direct aan voorgaand overzicht opvalt, is dat het geven van goed onderwijs aan leerlingen en studenten niet een element van de bestuurstaak is. Dat is ook logisch. Een bestuurder geeft zelf geen onderwijs maar is ‘voorwaardenscheppend’. Hij dient ervoor zorg te dragen dat er onderwijs gegeven wordt. Als hij al onderwijs geeft, dan doet hij dat naast het besturen.

Het tweede dat opvalt is dat, anders dan artikel 10a Wpo en artikel 23a1 Wvo doen, niet wordt gesproken over het voldoen aan ‘de wettelijke opdrachten voor het onderwijs’. De reden daarvoor is dat de overheid of de wetgever niet de opdrachtgever is van onderwijsorganisaties en hun bestuurders.²⁶ Het beeld dat de rechtsverhouding tussen enerzijds overheid en wetgever en anderzijds onderwijsorganisaties en hun bestuurders overeenkomt met de rechtsverhouding opdrachtgever-opdrachtnemer is strijdig met het in hoofdstuk 9 te beschrijven onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel dat onder meer de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden omvat. Voorts geldt dat als al sprake is van enige vorm van opdracht, het de onderwijsorganisatie is die deze opdracht vervult. De bestuurder *vertegenwoordigt* de onderwijsorganisatie en *is* niet de onderwijsorganisatie.

Het gegeven dat de taak van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie uit meerdere elementen bestaat, geeft mij aanleiding om in het kader van dit onderzoek gebruik te maken van een nader beeld van besturen om te kunnen beschrijven wat een bestuurder eigenlijk moet doen. Mijn beeld van de professioneel bestuurder is dat hij als lid van het bestuurlijk orgaan zorg draagt voor het geven van onderwijs. Daartoe draagt hij zorg voor:

1. het organiseren van de benodigde financiële middelen, de huisvesting van het onderwijs, het personeelsbeleid en de leermiddelen;
2. het vaststellen van de algemene strategie en visie op de onderwijsorganisatie en het onderwijskundig proces, daaronder begrepen het functioneren van het stelsel van kwaliteitszorg;
3. het onderhouden van het contact met belanghebbenden (ouders, leerlingen/studenten, personeel, samenwerkingspartners en overheden).

26 Anders *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 6, p. 5.

Minder juridisch geformuleerd vergt besturen van bestuurders een zorgen; van het bestuur als collectief, van de individuele bestuurder als lid van het bestuurlijk orgaan en als werknemer. Dit zorgen gaat verder dan het doen bieden van de mogelijkheid aan leerlingen/studenten om onderwijs te volgen of het scheppen van de condities voor leraren en docenten om onderwijs te kunnen geven. Een professioneel bestuurder dient ook te handelen of na te laten als dat nodig is en moet (kunnen) besluiten. Goed personeelsbeleid verlangt van de bestuurder dat hij stuurt op goed werkgeverschap. Goed huisvestingsbeleid vergt risicobewustzijn en goede relaties met de maatschappelijke omgeving. Goed strategisch beleid brengt mee dat een bestuurder bevordert dat binnen de onderwijsorganisatie sprake is van functionerende kwaliteitszorg, dat leerlingen en studenten zich sociaal veilig voelen, dat het onderwijsaanbod aansluit op de vraag van ouders en leerlingen/studenten en dat de voorzieningen zijn afgestemd op de maatschappelijke omgeving. Voor het goed functioneren van het bestuurlijk krachtenveld is van belang dat de bestuurder stuurt op het goed functioneren van de medezeggenschap en op samenwerking met maatschappelijke partners en dat de externe verantwoording van dusdanige kwaliteit is dat dit ruimte schept voor vertrouwen in de onderwijsorganisatie. Aan deze verwachtingen kan een bestuurder slechts invulling geven door leiding te geven aan de onderwijsorganisatie en op het juiste moment ruimte te laten aan personeel, ouders, leerlingen/studenten en samenwerkingspartners. De omvang van de te betrachten zorg wordt sterk beïnvloed door verwachtingen van wetgever en betrokkenen omtrent het optreden van de onderwijsorganisatie, de taakvervulling door het bestuur en het functioneren van individuele bestuurders.

De pleidooien van de Onderwijsraad en de Commissie-Halsema voor meer aandacht van onderwijsorganisaties en hun bestuurders voor het publieke belang en de belangen van stakeholders, zijn aangekomen. De MBO Raad stelde in 2014 een nieuwe branchecode goed bestuur vast met als uitgangspunt en principe: “Bestuurders, toezichthouders en medewerkers van de mbo-instellingen dienen publieke belangen”.²⁷ Het pleidooi van de Commissie-Halsema werd ook overgenomen in de branchecode voor goed bestuur van de VO-raad.²⁸ In 2015 verlegde zowel de regering als de VO-raad de focus naar de ‘zachte kanten van bestuur’ en de ‘cultuur van besturen’.²⁹ In de Code Goed Onderwijsbestuur van de VO-raad wordt beschreven dat verwacht wordt dat er sprake is van een bestuurscultuur die uitgaat van bestuurskundige termen als sensitiviteit voor en oriëntatie op (maatschappelijk debat over) publieke belangen, gerichtheid op maatschappelijke doelbereiking en gepaste aanwending van publieke middelen. Ook wordt wel gewezen op kernwaarden als integriteit, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, verantwoordelijkheid, rechtma-

27 *Branchecode MBO 2014*, Princip. 2.2, p. 6.

28 *Branchecode VO 2015*, p. 4.

29 *Branchecode VO 2015 en Kamerstukken II 2014/15, 34251*, nr. 3, p. 1-3.

tigheid, openheid en transparantie die leidend behoren te zijn voor de manier waarop bestuurders hun taken en rollen vervullen en die in hun gedrag tot uiting behoren te komen. De verschillende branchecodes en de daarin beschreven meer of minder juridisch geformuleerde gedragsnormen geven als *soft law* enige kleuring aan de verwachtingen omtrent de taakvervulling door bestuurders, hun werkwijze en de te betrachten zorgvuldigheid. Het aanspreken van individuele bestuurders op bestuurlijk gedrag veronderstelt echter *an sich* nog geen juridische normering of juridische gedragsnorm die bepaalt onder welke condities een feitelijke handeling rechtmatig of onrechtmatig is.³⁰ Het gaat veeleer om een verlangde gedragsnorm van normatief-ethische aard.

1.6 REIKWIJDTE EN BEPERKING

1.6.1 *Vijf onderwijssectoren, vier sectorwetten en twee specifieke onderwijswetten*

In dit onderzoek wordt gekeken naar de juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren. Er wordt gekeken naar het primair en het voortgezet onderwijs, het middelbaar beroepsonderwijs, het hoger beroepsonderwijs en het wetenschappelijk onderwijs. Hoewel er tussen deze vijf onderwijssectoren veel verschillen bestaan, blijkt uit de bijbehorende vier sectorwetten – Wet op het primair onderwijs (**Wpo**), Wet op het voortgezet onderwijs (**Wvo**), Wet educatie en beroepsonderwijs (**Web**) en Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (**Whw**) – dat er ook veel overeenkomsten zijn. Veel wettelijke bepalingen zijn aan elkaar schatplichtig of komen soms zelfs woordelijk overeen. We zien dit terug bij de inrichting van de bestuurlijke organisatie, het toezicht en de handhaving door de overheid en de samenwerking door onderwijsorganisaties met anderen.

Naast de vier genoemde sectorwetten wordt ook aandacht besteed aan de Wet op het onderwijstoezicht (**Wot**) als algemeen geldende onderwijswet. De taak en bevoegdheid van de Inspectie van het Onderwijs is voor al deze vijf onderwijssectoren immers nader uitgewerkt in de Wot. De Wot trad in 2002 in werking.³¹ De Wet medezeggenschap op scholen (**Wms**) is een volgende algemene onderwijswet. De Wms beschrijft de rol en positie van de medezeggenschap in het primair en voortgezet onderwijs. De medezeggenschap van de studenten in het middelbaar beroepsonderwijs is uitgewerkt in de Web en

30 Zijlstra 2012b, p. 405 met een verwijzing naar Ph. Eijlander en Voermans. *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom 2000, p. 134.

31 Stb. 2002, 387 (Wet op het onderwijstoezicht; dossier 27783).

die van de studenten in het hoger onderwijs in de Whw. In dit onderzoek wordt beperkt aandacht besteed aan de positie van de medezeggenschap.³² Medezeggenschapsraden zijn zeer belangrijke partners en een professionele relatie tussen bestuurders en medezeggenschap is een voorwaarde voor goed bestuur. Maar medezeggenschapsraden en hun leden dragen geen bestuurlijke verantwoordelijkheid en leggen ook geen verantwoording af aan extern toezichthouders. Hoogstens staan zij in de sleutel van goed bestuur.³³

De sector speciaal onderwijs en de Wet op de expertisecentra (**Wec**) als bijbehorende sectorwet worden niet besproken. Dit omwille van de leesbaarheid, de noodzaak van beperking en het eigen karakter van deze sector.

1.6.2 Onderzoeksperiode 1985-2016

In dit onderzoek wordt gemarkeerd dat zich de afgelopen dertig jaar een ontwikkeling heeft voorgedaan als gevolg waarvan thans sprake is van veel complexe onderwijsorganisaties met meerdere scholen, meerdere directeuren en professionele bestuurders. Dit onderzoek richt zich – na een korte inleiding op de voorgeschiedenis in hoofdstuk 2 – dan ook op de periode 1985 tot 2016.

Voor het jaar 1985 is gekozen omdat in dat jaar de nieuwe Wet op het basisonderwijs in werking trad.³⁴ In datzelfde jaar zag ook de door minister Deetman opgestelde nota ‘Meer over Management’ het licht.³⁵ Met de blik van nu blijkt die nota een duidelijk kantelpunt. Zo zijn bijvoorbeeld de nota’s ‘Hoger Onderwijs: Autonomie en Kwaliteit’ (**HOAK**) en ‘De school op weg naar 2000’ hieraan schatplichtig.³⁶ De nota ‘Meer over management’ ging onder meer in op het voornemen tot verruiming van de beleidsruimte en de professionalisering van bestuur en management. HOAK beschreef vervolgens de later in de Whw uit te werken besturingsfilosofie voor het hoger onderwijs. De nota ‘De school op weg naar 2000’ ging in op de toekomst van de bestuurlijke vormgeving van het funderend onderwijs. De voorgenomen verruiming van de beleidsruimte en de gewenste professionalisering van bestuur en management kwamen vervolgens in 1993 en 1994 aan de orde in de gezamenlijke richtinggevende uitspraken in het Schevenings Beraad.³⁷ Die gezamenlijk richtinggevende uitspraken legden de basis voor de latere verzelfstandiging van het openbaar onderwijs, de deregulering van de bekostigingssystematiek, de versterking van de positie van school-

32 Zie voor meer informatie over medezeggenschap o.a. Sperling 2013.

33 Van den Bosch 2016, p. 16.

34 Wet op het basisonderwijs (Stb. 1981, 468; dossier 14428).

35 *Meer over management* 1985.

36 HOAK 1986 en *School op weg* 1988.

37 Schevenings Beraad 1993.

leiders en directeuren en de latere Kwaliteitswet onderwijs uit 1998.³⁸ De Kwaliteitswet onderwijs bevatte de eerste kwaliteitszorgbepalingen voor het funderend onderwijs.

In voormelde nota's en richtinggevende uitspraken is de besturingsfilosofie verwoord die ten grondslag ligt aan de huidige verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen overheid en onderwijsorganisaties. De huidige inrichting van de interne bestuursorganisatie, de scheiding van de functies bestuur en intern toezicht en de vormgeving van het externe toezicht vinden hun oorsprong in 1985. De Wet en de wetgeving die ziet op de scheiding van bestuur en intern toezicht, zijn alle na de eeuwwisseling tot stand gebracht. Zij werkten de rolverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties verder uit en bevestigden dat onderwijsorganisaties zelf verantwoordelijk zijn voor het geven van onderwijs en dat de overheid zich richt op de bekostigingssystematiek, op het externe toezicht op de kwaliteit van het onderwijs en op de continuïteit van het stelsel.

De laatste vijf jaar worden gekenmerkt door extra aandacht voor de relatie tussen de overheid en individuele bestuurders. Aanleiding hiervoor zijn incidenten als de HBO-fraude, de examinering bij Inholland, ernstige bekostigingsfraude bij vooral islamitische scholen en de financiële perikelen bij Amarantis en ROC Leiden. In 2012 is de Wet op het onderwijstoezicht sterk gewijzigd als gevolg waarvan de Inspectie van het Onderwijs meer autoriteit is geworden en het externe toezicht bestuursgericht is.³⁹ Ook beschikt de minister van OCW inmiddels in alle onderwijssectoren over de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen. In vooral de hoofdstukken 5 en 6 wordt aan deze ontwikkeling aandacht besteed.

1.7 AUTONOMIE IN HET ONDERWIJS ALS VERBINDEND THEMA

1.7.1 *Autonomie als waardevol beginsel*

Een verbindend thema in dit onderzoek is de autonomie van de bestuurder. Reeds bij de formulering van de probleemstelling is opgemerkt dat uitgangspunt voor dit onderzoek is dat zowel onderwijsorganisaties als hun professioneel bestuurders autonomie hebben. De autonomie van de bestuurder is opgebouwd uit de door artikel 23 Grondwet direct en indirect beschermde vrijheden, de bepalingen die we in de onderwijswetgeving aantreffen en die de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders afbakenen, alsmede het uit het algemeen rechtspersonenrecht voortvloeiende beginsel van bestuursautonomie.

38 Kwaliteitswet onderwijs (Stb. 1998, 398; dossier 25459).

39 Wet geïntegreerd toezicht (Stb. 2012, 118; dossier 32193).

Overige beginselen van autonomie zijn te vinden in bijvoorbeeld het contractenrecht, het arbeidsrecht, het staats- en bestuursrecht en het eigendomsrecht.

Om begrenzungen van de autonomie van de bestuurder te kunnen beoordelen is het wenselijk om te onderzoeken wat die autonomie beschermt en te analyseren welke (rechts)normen en bevoegdheidsbeperkingen de autonomie van de onderwijsorganisatie en/of bestuurder begrenzen. Laemers hanteerde die methodiek in haar onderzoek naar schoolkeuzevrijheid.⁴⁰ Hooge deed als bestuurskundige hetzelfde in haar onderzoek naar de verhouding tussen autonomievergroting en beleidsuitvoering door basisscholen.⁴¹ De daadwerkelijke begrenzing is vervolgens de optelsom van (1) wet- en regelgeving, (2) jurisprudentie, (3) het feitelijk optreden door de overheid en andere betrokkenen en (4) de aanpassing van het bestuurlijk gedrag als gevolg van *soft law*, scholing of veronderstelde normen. De navolgende hoofdstukken 3 tot en met 8 vormen de weergave van dat onderzoek.

De veronderstelling bij dit verbindend thema is dat de aanwezigheid van autonomie een belangrijke randvoorwaarde is voor goed onderwijs. Deze opvatting wordt breed gedragen door de internationale onderwijsrechtelijke literatuur.⁴²

“School autonomy (...) is the essential precondition for the creation of schools with a clearly focused mission, schools in which staff and parents and the controlling board or other authority share the same understanding of how to best educate.”⁴³

Uit onderwijskundige literatuur blijkt ook dat leerlingen in landen met meer autonomie voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders hogere leerresultaten behalen dan in landen met minder autonome onderwijsorganisaties.⁴⁴ De juiste hoeveelheid autonomie biedt de mogelijkheid om het onderwijs te verbeteren en in te spelen op de belangen van alle actoren in het bestuurlijk krachtenveld. Te veel beperkingen, al dan niet in de vorm van te snelle interventies, kunnen de voor het onderwijs noodzakelijke bestuurskracht zodanig aantasten dat dergelijke hogere leerresultaten niet tot stand komen, verminderen of teniet worden gedaan. De waarde van autonomie klinkt door in het debat over goed bestuur. Goed bestuur of ‘bestuurskracht’ is, aldus de regering, bijvoorbeeld vereist om in te kunnen springen op maatschappelijke ontwikkelingen in de samenleving, op demografische ontwikkelingen

40 Laemers 1999.

41 Hooge 1998.

42 Glenn & De Groof 2005, p. 70 en p. 83-85.

43 Glenn & De Groof 2005, p. 1.

44 Webbink e.a. 2009.

en is nodig om (financieel) weerbaar te zijn.⁴⁵ Het begrip ‘bestuurskracht’ neemt autonomie als uitgangspunt. Het gaat bij bestuurskracht om het vermogen van bestuurders om “mede in het licht van het algemene streven naar autonomievergroting en deregulering (...) toenemende beleidsverantwoordelijkheid” te dragen en “draagvlak voor de benodigde innovatie” te scheppen”.⁴⁶ Men zou deze behoefte aan bestuurskracht ook wel kunnen aanduiden met termen als ‘maatschappelijk ondernemerschap’ of ‘duurzaam leiderschap’.⁴⁷ Het Sociaal Cultureel Planbureau hanteert de bestuurskundige term ‘moedig onderwijsbestuur’ en zet dit af tegen de ‘vermoeide bestuurder’ die niet actief genoeg zou zijn.⁴⁸

1.7.2 *Artikel 23 Grondwet en autonomie*

Artikel 23 Grondwet als basiswet

Uitgangspunt bij de beantwoording van de probleemstelling van dit onderzoek en het verbindend element van autonomie is dat onderwijsorganisaties – en daarmee indirect ook hun bestuurders – aanspraak kunnen maken op de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden. Elk onderwijsrechtelijk onderzoek vergt aandacht voor artikel 23 Grondwet. Dit grondwetsartikel is immers de basiswet voor het Nederlands onderwijsbestel.⁴⁹ Het regelt op hoofdlijnen de verhouding tussen de overheid en burgers bij het geven van onderwijs.

Artikel 23 Grondwet vervult twee op het oog gelijkwaardige functies. De eerste functie is dat het de verantwoordelijkheid van de overheid voor het onderwijsbestel bevestigt. De tweede functie van artikel 23 Grondwet is dat het burgers bescherming biedt tegen diezelfde overheid. De eerste functie vinden we terug in de bevestiging van de aanhoudende zorg van de overheid voor het onderwijs (lid 1), het bij wet te regelen toezicht daarop door die overheid, inclusief het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven (lid 2), de alomtegenwoordigheid en neutraliteit van het openbaar onderwijs (lid 3 en lid 4), de mogelijkheid om bij wet deugdelijkheidseisen te regelen en voorwaarden te stellen (lid 5 en lid 7) en de verantwoording door de overheid over de vervulling van de aanhoudende zorg voor het onderwijs (lid 8). De tweede functie van artikel 23 Grondwet, het beschermen van de vrijheid van burgers, wordt gevormd door

45 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 5.

46 *Autonomie verplicht* 2012, p. 14-15 en 68. Het begrip ‘bestuurskracht’ is ontleend aan de bestuurskunde. Het begrip wordt met name in rapportages over het Nederlands openbaar bestuur gebezigd. Korsten 2007, p. 34: “de kracht om gewenste maatschappelijke ontwikkelingen en effecten te realiseren en resultaten te boeken die sporen met een streven naar ‘goed bestuur’”.

47 Helder 2013 en Hargreaves 2010, p. 61-62.

48 Putters 2015.

49 Mentink & Vermeulen 2011, p. 5.

de borging van de vrijheid om onderwijs te geven *behoudens* het bij wet te regelen toezicht door de overheid (lid 2) en de bescherming van het recht op bekostiging voor het bijzonder onderwijs. De bij wet te stellen bekostigingsvoorwaarden moeten de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs eerbiedigen (lid 5, lid 6 en lid 7).

De vrijheid tot het geven van onderwijs en de vrijheid van richting en inrichting worden wel aangemerkt als grondrechtenbepalingen *sui generis*. Zij bevestigen de autonomie van de drager van de vrijheid om onderwijs te geven en beschermen hem tegen inbreuken op diens autonomie door de overheid. De regering noemde deze vrijheden in 2013 klassieke grondrechten in de zin van vrijheids- of afweerrechten van de burger tegenover de overheid.⁵⁰ De vrijheid van onderwijs als klassiek grondrecht vormt ook een direct uitvloeisel van de vrijheid van vereniging, vergadering en godsdienst. Bij de behandeling van de Grondwet van 1848 werd dat al als zodanig benoemd door de regering.

“Toen wij in de Grondwet het regt van vereeniging opnamen, toen wij opnamen de vrijheid van geloofsbelijdenis, de vrijheid van het verkeer met de hoofden der onderscheiden kerkgenootschappen, en eindelijk de vrijheid van onderwijs, wisten wij wel dat ook die bijzondere onderwerpen aan de beslissing van bijzondere wetten zouden kunnen onderworpen worden, maar wij achtten het noodig dat alles in de Grondwet op te nemen, opdat deze niet alleen zou zijn eene optelling der instellingen, waardoor de Staat zou worden beheerd, maar opdat zij tevens zou wezen een grondslag tot bevrediging, opdat in de Grondwet die beginselen zouden worden aangetroffen, die wij in gemoede meenden dat tot bevrediging van den Staat zouden kunnen leiden. Nu eenmaal door U Edel Mogenden dat regt van vereeniging is aangenomen, nu eenmaal die vrijheid van geloofsbelijdenis is erkend, is inderdaad de vrijheid van onderwijs een bloot gevolg daarvan; ik kan mij eene volkomene vrijheid van geloofsbelijdenis en vereeniging niet denken zonder de vrijheid van onderwijs. Het een kan niet zonder het ander bestaan. Als de inrigting van het onderwijs geheel aan de Regering wordt overgelaten, wat wordt er dan van die vrijheid in het godsdienstige, welke men nu met eene milde hand heeft toegestaan? (...)

Regtvaardig is, dat elk naar zijne mening zijne kinderen kan opvoeden, en het regt der Regering is alleen om toezigt te houden over de scholen, om te waken dat bekwame onderwijzers dat ambt bekleeden; en naast dat regt staat niet een ander regt der Regering (want dat regt zou dwang daarstellen), maar de pligt der Regering om te zorgen, dat er voldoende gelegenheid zij, op openbare, door het gezag beschermde scholen die kundigheden te verkrijgen, waar op elk volk

50 Kamerstukken II 2012/13, 33400, nr. 164.

moet prijs stellen. Ik herhaal dit is geen regt, maar een pligt der Regering. Dien pligt neemt zij op zich te vervullen en als bij dat openbaar onderwijs de godsdienstige begrippen van andersdenkenden worden geëerbiedigd, dan zullen deze openbare scholen niet onbezocht blijven, dan zal de vrijheid betere vruchten dragen dan dwang; want dwang geeft wantrouwen, en wantrouwen kan nooit tot verdraagzaamheid leiden.”⁵¹

De beschermende functie van artikel 23 Grondwet geldt op het eerste oog alleen voor het bijzonder onderwijs maar niets is minder waar. Openbare onderwijsorganisaties kunnen inderdaad geen direct beroep doen op de bescherming die artikel 23 Grondwet biedt bij de richting en inrichting van het onderwijs. Maar er is – wat de vrijheid van inrichting betreft – wel degelijk sprake van een afgeleid maar ongeschreven beginsel van pedagogische autonomie voor het openbaar onderwijs.⁵² Het gaat dan om autonomie tot het kiezen van leermiddelen, het aanstellen/benoemen van leraren en eigen beslissingsmacht met betrekking tot de inrichting van het onderwijskundige proces en organisatie (rooster, lesgeven, begeleiding van leerlingen, examinering). Het gegeven dat sprake is van een ongeschreven autonomiebeginsel voor het openbaar onderwijs heeft als effect dat indien men het aanwezig zijn van (het recht op) autonomie als generiek uitgangspunt hanteert, zoals in dit onderzoek wordt gedaan, daaruit volgt dat het grondwettelijke recht op vrijheid van richting en inrichting eigenlijk voor het bijzonder onderwijs vooral een extra waarborg is voor die autonomie. Ook andere grondrechten of wettelijke bepalingen kunnen een waarborg vormen voor de inherente autonomie van burgers bij het geven van onderwijs.

In aanvulling op artikel 23 Grondwet wordt de vrijheid tot het geven van onderwijs ook beschermd door artikel 2 Eerste Protocol EVRM⁵³ en artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESCR.⁵⁴ Beide bepalingen beschermen het recht van kinderen op onderwijs en het recht van ouders

51 *Handelingen II* 1847/48, 24 augustus 1848, p. 821.

52 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014, par. 7 met verwijzingen naar Postma 1995, p. 70, Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 117, Huisman, p. 53 en Noorlander 2005, p. 81-107.

53 Artikel 2 Eerste protocol EVRM: “Niemand mag het recht op onderwijs worden ontnomen. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.”

54 Artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESCR: “3. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich de vrijheid te eerbiedigen van ouders of wettige voogden om voor hun kinderen of pupillen andere dan door de overheid opgerichte scholen te kiezen, die beantwoorden aan de door de Staat vast te stellen of goed te keuren minimumonderwijsnormen en hun godsdienstige en zedelijke opvoeding te verzekeren overeenkomstig hun eigen overtuiging. 4. Geen onderdeel van dit artikel mag zodanig worden uitgelegd dat het de vrijheid aantast van individuele personen of rechtspersonen inrichtingen voor onderwijs op te richten en daaraan leiding te geven, met inachtneming evenwel van de in het eerste lid van dit artikel neergelegde beginselen en van de voorwaarde dat het aan deze inrichtingen gegeven onderwijs beantwoordt aan door de Staat vastgestelde minimumnormen.”

op respect voor hun overtuigingen. Dat tweede recht bestaat alleen voor zover het niet conflicteert met het recht op onderwijs en het eerste kan *by its very nature* en met een *margin of appreciation* worden gereguleerd door de Staat.⁵⁵ De Staat is daarbij niet verplicht het bijzonder onderwijs ook te bekostigen. Wel kunnen onderwijsorganisaties een beroep doen op de uit artikel 2 Eerste Protocol EVRM voortvloeiende rechten bij de beoordeling van bijvoorbeeld de vraag of zij wel of geen school in stand houden die aan de Leerplichtwet 1969 voldoet.⁵⁶

De interpretatie van artikel 23 Grondwet

Artikel 23 Grondwet kent door zijn twee functies een januskop. Het artikel beschermt immers niet alleen de dragers van de vrijheid van onderwijs. Artikel 23 Grondwet regelt ook de bevoegdheid van de onderwijswetgever om bij wet bekostigingsvoorwaarden te stellen en de bevoegdheid van de overheid om toezicht te houden op het onderwijs. De laatste jaren lijkt de aandacht in versterkte mate uit te gaan naar een lezing van artikel 23 Grondwet die de focus legt op de aanhoudende zorg van de overheid voor het onderwijs. Dit beeld wordt bevestigd door de zich wijzigende interpretatiemethode van artikel 23 Grondwet.

Van oudsher stond de historische interpretatiemethode centraal. Die methode gaat uit van een interpretatie van de bedoeling van de grondwetgever.⁵⁷ Naarmate die bedoeling van de oorspronkelijke wetgever duidelijker is, staat het de onderwijswetgever minder vrij om zelf de grondwettekst te interpreteren. De afgelopen jaren lijkt vaker voor een teleologisch-dynamische uitleg te worden gekozen. Voor die teleologisch-dynamische uitleg is met name de actuele maatschappelijk-politieke context van belang. Of anders geformuleerd, het primaat van de politiek. Deze omslag is onder meer terug te lezen in de navolgende opmerking van de regering bij de Wet goed onderwijs, goed bestuur. Op de vraag waar volgens de regering de principiële grens lag voor het maken van een inbreuk op de institutionele vrijheid zoals artikel 23 Grondwet die voor het bijzonder onderwijs beschermt, antwoordden de staatssecretarissen Dijkema en Van Bijsterveldt in 2009 als volgt.

“De interpretatie van artikel 23 Grondwet is in de loop der jaren gewijzigd. Artikel 23 Grondwet wordt derhalve gelezen en geïnterpreteerd volgens de op dat moment bestaande maatschappelijke en politieke kaders. Dat zal in de toekomst ongetwijfeld ook het geval zijn. Om die reden kan een principiële grens dan ook niet worden getrokken. Dat is afhankelijk van de maatschappe-

55 EHRM 11 september 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ6258 35504/03 (Konrad e.a./Duitsland); ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, r.o. 2.7.3 (De Koers) en HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1338 (thuisonderwijs).

56 ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, r.o. 2.8.1 (De Koers).

57 *Kamerstukken II* 2002/03, 28276, nr. 5, p. 2.

lijke en politieke context, waarbij uw Kamer als medewetgever óók een rol speelt.”⁵⁸

Meer recentelijk is de verwijzing naar de actuele maatschappelijk-politieke context ook terug te zien in de toelichting op het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijs uit 2015. De regering bracht nut en noodzaak van aanvullende juridische kaders, en daarmee het beperken van de autonomie van onderwijsorganisaties, nadrukkelijk in verband met de wensen van de publieke opinie.

“Naar aanleiding van de incidenten die zich hebben voorgedaan over de volle breedte van de publieke sector wordt goed bestuur sinds enkele jaren in het beleid, de politiek en de media meer en meer in ethisch-normatief perspectief geplaatst. Het aanreiken van aanvullende juridische kaders door middel van dit wetsvoorstel is niet alleen op de bovengenoemde gronden noodzakelijk, maar draagt bovendien bij aan de ontwikkeling van een moreel besef en “public spirit” bij toezichthouders, bestuurders en andere betrokkenen bij onderwijsbestuur en aan een gedisciplineerde werking van het goed besturen van instellingen en een meer verantwoorde besteding van publieke middelen (meer risicobeheersing, waar in de publieke opinie om gevraagd wordt).”⁵⁹

De verwijzing in 2015 van de regering naar de opvattingen in de publieke opinie, volgde onder meer op een rapport van de hoogleraren onderwijsrecht over de vrijheid van stichting, een advies van de Onderwijsraad over de lezing van artikel 23 Grondwet en de reacties daarop van de regering. In 2011 gaven de hoogleraren onderwijsrecht gezamenlijk aan dat behoefte bestond aan een moderne interpretatie van het begrip richting in artikel 23 Grondwet. Die modernere interpretatie moest vooral meer ruimte bieden voor de stichting van nieuwe scholen.⁶⁰ De Onderwijsraad volgde de lijn van dit rapport door in 2012 op te merken dat inderdaad behoefte bestond aan een interpretatie van artikel 23 Grondwet die uitging van een meer open richtingbegrip.⁶¹ Dat zou volgens de Onderwijsraad bij het stichten van scholen ook beter aansluiten bij de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever van 1917. Een dergelijke moderne interpretatie van het begrip richting biedt in elk geval de gelegenheid voor het richtingvrij stichten van scholen. Dat biedt vervolgens in potentie ook ruimte voor scherpere eisen bij de aanvang van de bekostiging. Als die eisen meer generiek zijn, behoeft de bepalende rol van richting in de onderwijswetgeving minder aandacht. In de zomer van 2015 gaf de regering aan dat zij inderdaad voornemens

58 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 18.

59 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 8.

60 Huisman, Laemers, Mentink & Zoontjens 2011.

61 Onderwijsraad 2012, p. 39-41.

is die ruimte te zoeken en werd wetgeving aangekondigd en begin 2016 werd een ambtelijk ontwerp ter consultatie aangeboden.⁶²

In dit onderzoek wordt niet ingegaan op de vraag of behoefte bestaat aan een interpretatie van artikel 23 Grondwet die meer ruimte biedt voor de stichting van nieuwe scholen of voor richtingvrije planning. Een vraag die wel in dit onderzoek terugkomt, is of inbreuken door de overheid op de autonomie van de bestuurder kunnen worden ‘afgeweerd’ door te wijzen op bijvoorbeeld de bescherming die artikel 23 Grondwet direct of indirect biedt. Die vraag keert, al dan niet in de kantlijn, in de navolgende hoofdstukken steeds terug. In 2016 kwam die vraag onder meer op bij de behoefte in het hoger onderwijs om van bestuurders maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef te verlangen en bij de voorstellen om voorafgaand aan de bekostiging van nieuwe scholen ruimte te geven aan een meer op de verwachte kwaliteit gerichte beoordeling van de aanvraag.⁶³

1.7.3 *Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel*

Ik hanteer in dit onderzoek het begrip ‘onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel’. Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel houdt in dat elke individuele onderwijsorganisatie autonoom is als het gaat om het geven van onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek terwijl de overheid verantwoordelijk is voor het stelsel, de bekostiging en het toezicht op de deugdelijkheid van het onderwijs.⁶⁴ Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel sluit aan op de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs en het ongeschreven beginsel van onderwijskundige en pedagogische inrichtingsvrijheid voor het openbaar onderwijs. De overheid houdt toezicht op onderwijsorganisaties en schept door middel van bekostiging en de toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals het verstrekken van diploma’s, de voorwaarden om onderwijs te kunnen verzorgen.

Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel is niet alleen gestold in artikel 23 Grondwet of de indirecte betekenis van dat grondwetsartikel voor het openbaar onderwijs. We treffen elementen van dit beginsel ook aan in de diverse bepalingen die bevestigen dat onderwijsorganisaties zorg dragen voor het geven van onderwijs (artikel 10 Wpo, artikel 23a Wvo,

62 *Kamerstukken II* 2014/15, 31135, nr. 53 (nota ‘Meer ruimte voor nieuwe scholen: naar een moderne interpretatie van artikel 23 Grondwet’) en Consultatiedocument Wet meer ruimte voor nieuwe scholen, www.internetconsultatie.nl, 13 januari 2016.

63 *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, nr. 2 en nr. 4; Consultatiedocument Wet meer ruimte voor nieuwe scholen, www.internetconsultatie.nl, 13 januari 2016 en Onderwijsraad 2016.

64 Deze verantwoordelijkheidsverdeling vinden we bijvoorbeeld terug in *HOAK* 1986, p. 17. Ook in de memorie van toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht onderwijs zien we deze verdeling terug. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 6-7 en eerder *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10.

artikelen 1.3.1 lid 1, 1.3.2a lid 1, 1.3.3 lid 1, 1.3.5 en 1.3.6 Web en artikelen 1.3 en 1.18 Whw) en die de academische vrijheid bij het verrichten van wetenschappelijk onderzoek beschermen (artikel 1.6 Whw). Deze bepalingen hebben met elkaar gemeen dat ze een redelijk recente wettelijke bevestiging vormen van het beginsel dat onderwijsorganisaties en hun bestuurders bij het verzorgen van onderwijs autonomie toekomt. Dat geldt in het verlengde daarvan ook voor het onderwijsgevend en wetenschappelijk personeel. Onderwijsorganisaties en niet de overheid verzorgen onderwijs en die onderwijsorganisaties bevorderen en borgen in eerste instantie de kwaliteit van dat verzorgde onderwijs.

Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel is in de onderwijssectorwetten expliciet gemaakt met genoemde bepalingen. Om die reden noem ik die bepalingen in dit onderzoek ook wel ‘afbakeningsartikelen’. Ze bevestigen de in de nota HOAK (1985) en het Schevenings Beraad (1993 en 1994) beschreven uitgangspunten omtrent de onderlinge verhoudingen tussen overheid en onderwijsorganisaties en maken inzichtelijk dat een verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en onderwijsorganisaties het vertrekpunt is. Door in de onderwijswetgeving de autonomie van onderwijsorganisaties (en hun bestuurders) te benadrukken en dus af te bakenen, kan de onderwijswetgever bijvoorbeeld volstaan met het vaststellen van de verplichting voor onderwijsorganisaties om zorg te dragen voor de kwaliteitszorg.⁶⁵ Mijn hypothese is dat deze afbakeningsartikelen – tezamen met of aangevuld door in elk geval artikel 2 Eerste Protocol EVRM, artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESCR en artikel 23 lid 2 Grondwet – de buitengrens vormen van de autonomie van de onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Zij borgen dat het geven van onderwijs een autonome activiteit is. De afbakeningsartikelen bevestigen de bestuurlijke autonomie en het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel brengt de bijbehorende vrijheid tot uitdrukking.

In hoofdstuk 9 wordt het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel nader besproken.

1.7.4 *Autonomie en belangen*

Nauw met het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel verbonden is de verplichting voor bestuurders om belangen af te wegen. Een jurist dient na te denken over de vraag welke belangen een bestuurder moet dienen. Uitgangspunt van het algemeen rechtspersonenrecht is dat de bestuurder zich bij zijn taakvervulling heeft te richten naar het belang van de rechtspersoon. Dit belang kan uiteraard botsen met zijn privébelang of met de privébelangen van intern toezichthouders (die niet ontslagen of aansprakelijk gesteld willen worden),

⁶⁵ Deze verplichting tot het zorgdragen voor de interne kwaliteitszorg treffen we aan in de tweede volzin van artikel 10 Wpo en artikel 23a Wvo en de in artikel 1.3.6 Web beschreven zorg voor het kwaliteitsbeleid. In het hoger onderwijs is deze verplichting opgenomen in artikel 1.18 Whw.

maar ook met het belang van personeel, ouders en leerlingen/studenten, met het belang van de samenwerkingspartners, met het belang van de overheid of – nog algemener – met het publiek belang. In het vennootschapsrecht wordt een vergelijkbaar debat gevoerd over de verhouding tussen het institutionele belang en het belang van de aandeelhouder(s). Bij de voorstellen voor de maatschappelijke onderneming werd de vraag gesteld of het belang van de rechtspersoon of het maatschappelijke doel dat de rechtspersoon zich ten doel stelt doorslaggevend moest zijn.⁶⁶

De afgelopen jaren staat het potentiële conflict tussen het eigen (private) belang van de onderwijsorganisatie, het publieke belang van de Staat en het belang van ouders en leerlingen/studenten hernieuwd in de aandacht. Aanjager van dit debat is het advies ‘Publieke belangen dienen’ van de Onderwijsraad uit 2013 en het in hetzelfde jaar verschenen advies van de Commissie-Halsema over behoorlijk bestuur in de semipublieke sector.⁶⁷ Beide pleitten, kort gezegd, voor meer aandacht bij bestuurders voor het publiek belang. In 2013 sprak minister Bussemaker over het belang van meer besef bij bestuurders voor “de onderliggende publieke waarden” en onderschreef zij de opvatting van de Onderwijsraad “dat interne toezichthouders, naast een instellingsbelang, ook een breder publiek belang dienen”.⁶⁸ Dit pleidooi is overgenomen door de MBO Raad en de VO-raad in hun branchecodes voor goed bestuur.⁶⁹

Het nastreven van het belang van de onderwijsorganisatie door bestuurders is al snel ook in het publiek belang. In tegenstelling tot hetgeen de Commissie-Halsema en het kabinet bij het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen suggereren, zijn de belangen echter niet steeds gelijk en vertonen zij ook niet steeds overlap.⁷⁰ Zij liggen veeleer in elkaars verlengde. Zij kunnen botsen en het is de taak en bevoegdheid van bestuurders om in concrete gevallen een afweging te maken tussen het eigen belang van de onderwijsorganisatie en het publieke belang van de overheid.

In hoofdstuk 3 en hoofdstuk 9 wordt dit verder besproken.

1.7.5 *Autonomieparadox*

Een veronderstelling die aan het verbindend element ten grondslag ligt, is dat in de afgelopen dertig jaar de autonomie van onderwijsorganisaties op deelterreinen is vergroot maar

⁶⁶ De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 201.

⁶⁷ Onderwijsraad 2013c en Een lastig gesprek 2013.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 9 en p. 14.

⁶⁹ Branchecode VO 2015, p. 4.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 14-15.

dat hun bestuurders uiteindelijk niet over meer autonomie zijn gaan beschikken. Bestuurders zijn autonoom in het te voeren beleid, de te nemen besluiten, de te kiezen richting en inrichting van het onderwijs en in de vormgeving van de bestuurlijke organisatie. Leerlingen/studenten, ouders, personeel, maatschappelijk partners, overheden en onderwijswetgever zijn echter kritischer geworden, stellen meer eisen en hebben hogere verwachtingen van de wijze waarop bestuurders aan hun bestuurlijke taak invulling geven. De invloed van stakeholders is toegenomen. Dit uit zich bijvoorbeeld in oproepen tot verzelfstandiging en uittreding van scholen of meer democratisering van het hoger onderwijs.⁷¹

Hooge sprak in dit verband in 2013 over de “mythe van bestuurbare onderwijsorganisaties”.⁷² Die mythe wordt volgens haar gevoed door de trend van optimalisering van het onderwijs. Deze trend uit zich volgens haar in het benoemen van goed bestuur als voorwaarde voor de kwaliteit van het onderwijs en meer aandacht voor het bestuurlijk vermogen. De diverse prestatieafspraken en -regelingen zijn ook goede voorbeelden.⁷³ De navolgende zin uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen onderstreept deze trend van optimalisering en hoge verwachtingen:

“Centraal in dit wetsvoorstel staat dat leerlingen en studenten het verdienen om kwalitatief goed, doelmatig en toegankelijk onderwijs te ontvangen. Goed onderwijs vereist goed bestuur. Daarnaast is goed bestuur vereist om scholen in te kunnen laten springen op maatschappelijke ontwikkelingen in de samenleving (waaronder een passend aanbod van opleidingen, de invloed van ICT), op demografische ontwikkelingen (denk aan krimp) en om weerbaar te zijn (bij voorbeeld om de gevolgen van een economische crisis het hoofd te kunnen bieden).”⁷⁴

De eis van politiek en samenleving tot risicobeheersing is een tweede trend waar Hooge – net als Mertens – op wijst.⁷⁵ De eis tot risicobeheersing leidt tot minder acceptatie van fouten, intensiever toezicht om risico’s te voorkomen en snellere interventie bij (vermeende) misstanden. Ook nu bevestigt het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen deze trend. In dit wetsvoorstel was de bepaling opgenomen dat in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen de intern toezichthouder de Inspectie van het Onderwijs op de hoogte moet stellen van zijn werkzaamheden. Deze bepaling is uiteindelijk

71 Onderwijsraad 2010a, Onderwijsraad 2010b, Van Dijk 2015a.

72 Hooge 2013, p. 7.

73 Barkhuysen & Claessens 2014, Zoontjens 2014 en Nolen 2014.

74 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 5.

75 Nolen 2013b, p. 67 met een verwijzing naar Van Tol, Helsloot & Mertens 2012.

afgestemd door de Tweede Kamer. Blijkens de toelichting was het de bedoeling dat de Inspectie van het Onderwijs eerder op de hoogte zou worden gebracht van mogelijk risicovolle ontwikkelingen.⁷⁶ Dat werd wenselijk geacht omdat volgens de regering “in de publieke opinie” om meer risicobeheersing “wordt gevraagd”.⁷⁷

De mythe van bestuurbare onderwijsorganisaties miskent dat bestuurders van onderwijsorganisaties opereren in een complex maatschappelijk en sociaal netwerk. Van hen wordt verwacht dat zij niet alleen de eigen onderwijsorganisatie besturen maar ook een maatschappelijke bijdrage leveren en dat zij publieke belangen dienen.⁷⁸ Of, in de woorden van het nieuwsbericht bij het consultatiedocument Wetsvoorstel toekomstbestendig onderwijsaanbod in het basisonderwijs, “samen met andere schoolbesturen (...) komen tot een toekomstbestendig onderwijsaanbod dat aansluit bij de wensen en behoeften van ouders”.⁷⁹ De kwaliteit van het onderwijs, de financiële continuïteit van de eigen onderwijsorganisatie, de belangen van de maatschappelijke partners en het publieke belang kunnen echter soms botsen.

De maatschappelijke complexiteit waarmee bestuurders van onderwijsorganisatie te maken hebben, brengt als gevolg van bedoelde ‘mythe’ mee dat voor hen een ‘autonomieparadox’ geldt. In het onderwijs werd dit begrip in 2008 voor het eerst gebruikt door Dittrich, destijds voorzitter van de NVAO.⁸⁰ Het door de overheid beleden uitgangspunt is dat de regeldruk verminderd is door deregulering en decentralisering. Het streven naar autonomievergroting en vermindering van regeldruk wijkt echter, in de woorden van Mentink en Vermeulen, al snel als het maatschappelijk-politieke klimaat omslaat.⁸¹ De autonomie is in formele zin misschien soms groot maar de (gevoelde) verwachtingen vooraf en achteraf en de intensiteit van de verantwoording zijn dusdanig hoog dat die de in de wet gestolde autonomie alsnog beperken. Schoonhoven sprak in 2014 zelfs van een mogelijk kantelpunt. De druk op het onderwijs om te presteren volgens door de politiek bepaalde normen neemt volgens haar

76 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 13-14.

77 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 8.

78 Onderwijsraad 2013c. Eerder ook Balkenende 2011.

79 Wijziging van de Wet op het primair onderwijs en de Wet primair onderwijs BES in verband met maatregelen voor een toekomstbestendig onderwijsaanbod in het basisonderwijs (Wetsvoorstel toekomstbestendig onderwijsaanbod), 17 september 2015, www.internetconsultatie.nl.

80 Zie K. Dittrich, *System-Akkreditierung*, Symposium Berlijn, 13 maart 2008. Ook minister Van Bijsterveldt-Vliegenthart gebruikte dit begrip; zie *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 319. René Kneyber, sinds 2014 lid van de Onderwijsraad, twitterde in 2013: “@JesseKlaver. Er is een autonomieparadox in het onderwijs: meer vrijheid hoe geld uit te geven, maar minder vrijheid qua inhoud, 6 maart 2013, 06:08”, te raadplegen via <https://twitter.com/rkneyber>.

81 Mentink & Vermeulen 2011, p. 100.

toe, terwijl tegelijkertijd de manoeuvreerruimte van onderwijsorganisaties en hun bestuurders afneemt.⁸²

Mijn ervaring als praktijkjurist is dat bestuurders van onderwijsorganisaties als gevolg van bedoelde autonomieparadox vaak onzeker zijn over de omvang van hun bestuurlijke autonomie. Dat sprake is van ongenoegen bij schoolleiders en bestuurders over regeldruk wordt bevestigd door onderzoeken naar de ervaren toezichtlast.⁸³ Die onzekerheid en bedoeld ongenoegen kan in potentie leiden tot een beperkter maatschappelijk ondernemerschap. Welke ruimte er voor beleid is, is immers niet altijd op voorhand te zeggen. Normstelling en toezicht leiden altijd tot ervaren regeldruk en nemen toe op het moment dat de complexiteit van het normenkader groter is en over ieders taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden meer onduidelijkheden bestaan. Om te voorkomen dat de ervaren regeldruk leidt tot een teveel aan onnodige lasten, zijn in het kader van het Nationaal Onderwijsakkoord en in de bijbehorende Regeldrukagenda Onderwijs 2014 – 2017 al enige afspraken gemaakt over onder meer regelluwe scholen, experimenteerruimtes, prestatieafspraken, pilotprojecten, verbetering van de communicatie en dienstverlening en het terugdringen van de administratieve lasten.⁸⁴

Een tweede praktijkervaring is dat een deel van de onzekerheid te wijten lijkt aan de grote hoeveelheid, de hoge omloopsnelheid en de complexiteit van de onderwijswet- en regelgeving.⁸⁵ Of een bestuurder zijn autonomie benut is niet alleen afhankelijk van de autonomie die wettelijk beschermd is, maar ook van de vrijheid die hij ervaart om die wettelijk beschermde autonomie te benutten. Die ervaren vrijheid is niet alleen afhankelijk van percepties, bestuurlijke verhoudingen, inschattingen en persoonlijke competenties maar ook van de kwaliteit van de onderwijswet- en regelgeving. Het aantal zorgplichten, deugdelijkheidseisen, nadere normstellingen en mogelijke interventie-instrumenten groeit. De kans bestaat dat onderwijsorganisaties en hun bestuurders hierdoor beleidsresistent worden.⁸⁶ Alsdan kan een klimaat ontstaan waarin de handelingsvrijheid van onderwijsorganisaties en hun bestuurders zich niet ten volle en naar behoren kan ontplooiën. Dit proces

82 Van Schoonhoven 2014, p. 195.

83 Zie o.a. AOb 2015, ACTAL 2010 en Onderwijsraad 2004a.

84 Ministerie van OCW en brancheorganisaties, *Nationaal Onderwijsakkoord*, Den Haag 19 september 2013 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VIII, nr. 8) en Ministerie van OCW en brancheorganisaties, *Regeldrukagenda Onderwijs 2014 – 2017* Den Haag, 18 december 2014 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29515, nr. 356 en 357).

85 In het primair onderwijs traden bijvoorbeeld in de jaren 2013 en 2014 respectievelijk 8 en 9 wetsvoorstellen in werking. In de andere onderwijssectoren gaat het om vergelijkbare aantallen. Hierbij moet men nog de vele jaarlijkse wijzigingen van de lagere regelgeving en het aantal tijdelijke regelingen optellen. Dat is zelfs voor een onderwijsjurist moeilijk bij te houden.

86 Vgl. Timmer 2011, p. 228.

wordt versterkt wanneer de gehanteerde normen weinig objectief zijn en het begrippenkader onduidelijk.

Mede omwille van deze autonomieparadox wordt in dit onderzoek het voor de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie geldende juridisch kader in kaart gebracht en geordend. Dat kader bestaat uit normen die direct betrekking hebben op de bestuurder als werknemer en als lid van het bestuurlijk orgaan, maar ook uit normen die indirect van toepassing zijn en invulling kunnen geven aan oordelen over het functioneren als bestuurder. Het gaat bij deze tweede categorie om die normen die gelden voor de onderwijsorganisaties. Die normen zijn soms wettelijk van aard, zoals de diverse deugdelijkheidseisen. In andere gevallen is veeleer sprake van *soft law* gevormd door bijvoorbeeld onderzoekskaders, branchecodes, beleidsbrieven, protocollen, richtlijnen of convenanten.

1.7.6 *Professionele ruimte van de docent en medezeggenschap*

Bij het door bestuurders afwegen van belangen kan de vraag opkomen wie het belang van de onderwijsorganisatie bepaalt. Is dat de bestuurder, is dat het onderwijsgevend personeel of zijn het de ouders en leerlingen/studenten? Het beantwoorden van deze vraag is sterk verbonden met het debat over de professionele ruimte van onderwijsgevend. Doel van de in 2016 aangenomen initiatiefwet Doeltreffender regeling onderwijstoezicht is bijvoorbeeld het zetten van “een eerste stap (...) om de professionele ruimte af te schermen tegen fantoomeisen en pseudoregels”.⁸⁷ In het wetsvoorstel Wet lerarenregister is dit verder uitgewerkt. Zowel de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen als de Wet lerarenregister suggereren dat er een tegenstelling bestaat tussen het belang van de onderwijsorganisatie en hun bestuurders enerzijds en de professionele ruimte van leraren, docenten en wetenschappers anderzijds.⁸⁸ De Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen moet de positie van de medezeggenschap in alle onderwijssectoren verstevigen. De Wet lerarenregister moet regelen dat niet de onderwijsorganisatie de verantwoordelijkheid draagt voor het onderwijskundig proces in de klas maar leraren en docenten. Die hebben volgens de regering recht op bescherming van hun pedagogische, didactische en vakinhoudelijke zeggenschap.⁸⁹ Hun professionele ruimte en bijbehorende zeggenschap behoeft volgens de regering om die reden wettelijke verankering.⁹⁰ Goede medezeggenschap moet, aldus ook Veringa en Schouten, een tegenwicht bieden tegen stapeling van beheersingsinterventies en het debat over de cultuur en de visie binnen de onderwijsorganisatie onder-

⁸⁷ Kamerstukken II 2014/15, 33862, nr. 7, p. 8.

⁸⁸ Kamerstukken I 2015/16, 34251, nr. A en Kamerstukken II 2015/16, 34458, nr. 2.

⁸⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34458, nr. 2 (wetsvoorstel Wet lerarenregister).

⁹⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34458, nr. 3, p. 2.

steunen.⁹¹ De ondertoon van de wettelijke verankering van de professionele ruimte van docenten is het kennelijke oordeel dat de leraar (extra) bescherming behoeft tegen begrenzingen van zijn professionele ruimte door bestuurders en schoolleiders.

1.8 GRENSVLAK PRIVAATRECHT, PUBLIEKRECHT EN ONDERWIJSWETGEVING

Het onderwijsrecht bestaat niet alleen uit artikel 23 Grondwet, de diverse sectorwetten, de Wot en de Wms of artikel 2 Eerste Protocol EVRM en artikel 13 IVESCR. Het onderwijsrecht wordt ook gevormd door het privaatrecht en het publiekrecht. Het Burgerlijk Wetboek (**BW**) richt zich op de rechtsverhouding tussen natuurlijke personen en rechtspersonen en reguleert de inrichting van privaatrechtelijke rechtspersonen als de vereniging en de stichting. De Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) regelt de verhouding tussen de bestuursorganen van de overheid en onderwijsorganisaties als rechtssubjecten, bevat de algemene subsidiebepalingen welke ook op de bekostiging van het onderwijs van toepassing zijn en bevat tevens kernbepalingen voor de handhaving door de overheid en de gebruikmaking door de overheid van bestuurlijke sancties. Uiteraard richt de Awb zich ook op de rechtsbescherming van rechtssubjecten ten opzichte van bestuursorganen.

De onderwijswetgeving ontleent soms zijn definities en begrippen aan deze beide algemene rechtsstelsels, maar wijkt daar in andere gevallen al dan niet onbedoeld van af. Veel gebruikte begrippen en definities in het onderwijs kennen een bestuursrechtelijk karakter en zijn ontleend aan het bestuurlijk organisatierecht. Andere begrippen en definities zijn echter juist ontleend aan het privaatrecht en in het bijzonder aan het algemeen rechtspersonenrecht. Bestuurders van onderwijsorganisaties hebben daarom te maken met een juridisch kader dat zich bevindt op het grensgebied van het publiek- en privaatrecht en op het grensgebied van algemene en bijzondere wetgeving. Dit gegeven wordt versterkt door het onderscheid tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs en het gegeven dat openbare scholen in stand worden gehouden door zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersonen.

De beantwoording van de vraag wat de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie is, is mede afhankelijk van de wijze waarop men het publiek- en privaatrecht benadert. In dit onderzoek wordt ervan uitgegaan dat de grenzen soms vrij willekeurig zijn en dat zowel het publiek- en privaatrecht als de algemene en bijzondere wetgeving elkaar over en weer beïnvloeden. Uit onderzoek van Jak naar de juridische positie van semipublieke instellingen blijkt bijvoorbeeld dat semipublieke

91 Veringa & Schouten 2016, p. 40.

instellingen voor de ene wet wel en voor de andere wet niet tot de sfeer van de overheid worden gerekend.⁹² Deze inconsistentie geldt ook voor het onderwijs en lijkt een gegeven met dien verstande dat het bij een zuivere rolverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties eigenlijk niet passend is als onderwijsorganisaties te snel tot de overheid worden gerekend.

Het is nuttig in deze inleiding een tweetal opmerkingen te maken over het belang van deze wederzijdse beïnvloeding voor de ontwikkeling van het onderwijsrecht. Allereerst wordt om de zoveel jaar bijvoorbeeld gepleit voor een algemene onderwijswet of een integrale herziening van het onderwijs.⁹³ Voorts wordt met regelmaat bekeken of het mogelijk is het algemeen bestuursrecht en het bijzondere onderwijsrecht beter op elkaar aan te laten sluiten. Zo werd in 2014 geadviseerd om de bekostigingssystematiek en de in de onderwijswetgeving benoemde sancties op de Awb te harmoniseren.⁹⁴ In hoofdstuk 5 wordt op de betekenis van de Awb voor de onderwijswetgeving en voor de juridische positie van bestuurders in het onderwijs ingegaan.

De onderwijswet- en regelgeving wordt daarnaast ook sterk beïnvloed door het privaatrecht. Zoals zal blijken uit hoofdstuk 3 kennen de meeste onderwijsorganisaties in Nederland inmiddels een private rechtsvorm. Dit heeft tot gevolg dat bij de bestuurlijke inrichting van de meeste onderwijsorganisaties niet alleen het algemeen rechtspersonenrecht een grote rol speelt, maar ook dat leerstukken als bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW) en de bevoegdheid van de rechtbank om bestuurders van stichtingen te ontslaan (artikel 2:298 BW) van toepassing zijn. De regering bevestigde in 2015 het voornemen dat het toepassingsbereik van beide civiele leerstukken wordt verruimd en dat ze overweegt de norm van bestuurdersaansprakelijkheid ook te laten gelden voor bestuurders van de publiekrechtelijke rechtspersonen in het onderwijs.⁹⁵ Niet alleen het algemeen rechtspersonenrecht doet zijn invloed gelden. Dat geldt tevens voor het aansprakelijkheidsrecht als bedoeld in artikel 6:74 BW en 6:162 BW en in het bijzonder voor het leerstuk *educational malpractice*. Ook het contractenrecht krijgt een grotere betekenis. Als gevolg van de bestuurlijke netwerkvorming worden steeds vaker samenwerkingsovereenkomsten gesloten en veel beleidsdoelen worden tussen overheid en onderwijs-

92 Jak 2014. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 497 e.v., Van Ommeren 2012, p. 562-572.

93 Zootjens & Frissen 2005; Hoogleraren Onderwijsrecht, 'De toekomst van het onderwijs. Analyses en desiderata, Brief aan de Commissie Nationaal Plan Toekomst Onderwijswetenschappen', *NTOR Jaarboek Onderwijsrecht2006-2010*, 2011, p. 5-26, Huisman 2011 en Consultatiedocument Algemene Wet Onderwijs (AWO), www.internetconsultatie.nl, 4 maart 2016.

94 De Boer, Zootjens, Michiels & Den Ouden 2014 en Zootjens, De Boer, Michiels en Den Ouden 2014.

95 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 24-25 met een verwijzing naar Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), 6 februari 2014, www.internetconsultatie.nl.

organisaties uitgewerkt in prestatieafspraken en convenanten. Op de betekenis van het privaatrecht voor de bestuurder wordt met name in hoofdstuk 6 ingegaan.⁹⁶

1.9 RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK

Traditioneel is de onderwijsrechtelijke literatuur over bestuur en toezicht in het onderwijs vooral beschrijvend van aard. Vaak wordt ingegaan op de verhouding tussen de overheid en onderwijsorganisaties, de vrijheid van onderwijs of de kwaliteit van onderwijswetgeving.⁹⁷ Aanleiding is vaak ook een wetsvoorstel, een beleidsrapport, een onderzoeksopdracht of een actueel incident.⁹⁸ Auteurs kiezen er daarbij met regelmaat voor om de stand van zaken te beschrijven.⁹⁹ Veel onderzoek over bestuur in het onderwijs heeft voorts een bestuurskundige insteek.¹⁰⁰

In de literatuur ligt vaak de nadruk op het bestel als zodanig, op het voorgenomen beleid of op het toezicht door de overheid. Overes richtte zich daarentegen juist op besturen en medezeggenschap in het bijzonder primair en het bijzonder voortgezet onderwijs uit 1995.¹⁰¹ Zij besteedde daarbij onder meer aandacht aan de bijzondere positie van bestuurders in het onderwijs. Huisman ging in op de voor het onderwijsrecht karakteristieke positie van de samenwerkingsschool.¹⁰² Noorlander bekeek het onderwijs vanuit het perspectiefpunt van leerlingen.¹⁰³ Van Schoonhoven bestudeerde de ontwikkelingen in het beroepsonderwijs.¹⁰⁴ Paijmans richtte zich op de ontwikkeling van het leerstuk educational malpractice.¹⁰⁵ Bestudering van de positie van de bestuurder in het onderwijs vergt een perspectiefwisseling. Niet de wet of het beleid staat centraal maar de bestuurder zelf. Dit onderzoek geeft – vanuit het perspectief van de bestuurder – een antwoord op de vraag met welke juridische begrenzungen hij wordt geconfronteerd.

Een onderzoek naar de juridische positie van de bestuurder van een onderwijsorganisatie hangt dicht aan tegen de thema's *governance* en goed onderwijsbestuur. De bestuurskundige

96 De betekenis van het privaatrecht voor het onderwijs is ook uitgebreid aan de orde gekomen in mijn preadvies uit 2014 over privaatrechtelijke sturing in het onderwijs; Nolen 2014.

97 Mentink 1989; Zoontjens, Backx & Mentink 1995 en Zijlstra 1989.

98 Kortmann, Vermeulen & Zoontjens 2000, Van Twist e.a. 2013a, Van Twist e.a. 2013b.

99 Zie Brekelmans, Huisman en Van der Ven 2005, Nolen 2013a, Huisman 2013, Huisman & Rogier 2013, Laemers 2010, Zoontjens 2010, Huisman & Noorlander 2010 en Janssens & Noorlander 2010.

100 Hooge 2013, Blokdijk & Goodijk 2012, Minderman 2012 of Bronneman 2011.

101 Overes 1995.

102 Huisman 2002.

103 Noorlander 2005.

104 Van Schoonhoven 2010b.

105 Paijmans 2013.

Janssens definieerde goed onderwijsbestuur als “het samenhangend geheel van het besturen van onderwijs, het toezicht daarop en de verantwoording over beide”.¹⁰⁶ Waarna vervolgens vooral werd ingegaan op vormgevingselementen als de scheiding tussen bestuur en intern toezicht, de horizontale verantwoording, de inhoud van gedragscodes en de rol van de overheid. Dit onderzoek richt zich mede op de betekenis van de juridische begrenzingsen voor de autonomie van de bestuurder. Die begrenzingsen kunnen voortvloeien uit voorwaarden die samenhangen met governance of goed onderwijsbestuur. Wat goed onderwijsbestuur is, is juridisch niet te formuleren. Wel kan op basis van juridische kaders een oordeel worden gegeven over wanneer een rechtsnorm wordt geschonden.

De juridische positie van de individuele bestuurder in het onderwijs krijgt de laatste jaren veel aandacht van wetgever en overheid. Meest recent is begin 2016 de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen door de Tweede Kamer aangenomen.¹⁰⁷ Ook is het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend dat het eenvoudiger moet maken bestuurders en intern toezichthouders bij semipublieke organisaties aansprakelijk te stellen en te ontslaan.¹⁰⁸ De beide wetsvoorstellen moeten de autonomie van de bestuurder verder begrenzen; dat heeft gevolgen voor de juridische positie van de bestuurder.

Een wens is tevens het onderzoeken van de overeenkomsten en verschillen tussen de vijf onderwijssectoren in Nederland en de vier van toepassing zijnde sectorwetten. Het onderwijsrechtelijk onderzoek in Nederland richt zich van oudsher of op het funderend onderwijs, op het hoger onderwijs of op specifieke vraagstukken. Meer recent wordt er ook apart aandacht besteed aan het vmbo en het middelbaar beroepsonderwijs.¹⁰⁹ Dit onderzoek probeert, door de relevante overeenkomsten en verschillen in kaart te brengen, inspiratie te bieden voor verdere rechtsvergelijking tussen de diverse onderwijssectoren.

1.10 ONDERZOEKSMETHODIEK

1.10.1 *Descriptief onderzoek*

Dit onderzoek richt zich op de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs. Dat betekent dat dit onderzoek een juridisch onderzoek is en geen historisch, onderwijskundig

¹⁰⁶ Janssens 2005, p. 21.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. A.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 1-2 (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

¹⁰⁹ Zo is Renée van Schoonhoven met ingang van 1 september 2015 benoemd tot bijzonder hoogleraar Onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs.

of bestuurskundig onderzoek. De methode is klassiek juridisch maar bevat ook historische en bestuurskundige elementen. Het hart van het onderzoek bestaat uit het verzamelen, inventariseren, bestuderen en vervolgens analyseren van voornamelijk juridische bronnen. Die bronnen bestaan uit de relevante wetgeving, de bijbehorende parlementaire geschiedenis, de adviezen van de belangrijkste adviesorganen (Raad van State en Onderwijsraad), jurisprudentie en juridische literatuur.

Ter aanvulling is gebruikgemaakt van diverse openbare onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs. Die onderzoeksrapporten bieden niet alleen inzicht in de werkwijze en opvattingen van de Inspectie van het Onderwijs maar geven – door de opnemings van de zienswijzen van onderwijsorganisaties in die rapporten – ook inzicht in de reacties van bestuurders op die werkwijze en opvattingen.¹¹⁰ Uiteraard is soms ook gebruikgemaakt van publicaties van historici, bestuurskundigen, politicologen en onderwijskundigen.

De gekozen methodiek maakt dat dit onderzoek in de eerste plaats descriptief van aard is. In vrijwel elk hoofdstuk wordt steeds de vraag gesteld wat – binnen het onderwerp van dat hoofdstuk – de diverse ontwikkelingen betekenen voor de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie. Daartoe is steeds – als het even kan per rechtsverhouding – het voor de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie relevante juridisch kader in kaart gebracht.

De onderzoeksmethodiek is op onderdelen ook prescriptief. Opvattingen van overheden en in literatuur alsmede keuzes van de wetgever worden gewogen en beoordeeld om te komen tot mogelijk nieuwe inzichten en herijkingen.

1.10.2 *Interne rechtsvergelijking*

Het in kaart brengen, bestuderen en beschrijven van de diverse rechtsverhoudingen zal op onderdelen niet altijd even vernieuwend zijn. De originaliteit van dit onderzoek is vooral gezocht in het ‘trekken van een boog over het geheel’¹¹¹ vanuit het besef dat de

110 Hierbij geldt wel de verzoeking dat de Inspectie van het Onderwijs met ingang van het voorjaar van 2015 dit onderzoek niet eenvoudiger heeft gemaakt. Door de keuze voor een nieuwe website is het alleen nog maar mogelijk om onderzoeksrapporten per organisatie, school of instelling op te zoeken. Gedurende de periode 2011 tot begin 2015 hield de Inspectie van het Onderwijs op haar website nog een apart overzicht bij van de rechtmatigheidsonderzoeken. Uiteraard is het voor nieuwe onderzoekers mogelijk de Inspectie van het Onderwijs om bijstand te vragen, maar de keuze *an sich* vergroot het inzicht in de werkwijze van de Inspectie van het Onderwijs niet.

111 Stolker gebruikte deze formulering in Westerman 2015.

diverse juridische kaders elkaar beïnvloeden en het besef van de waarde om verbanden te leggen tussen onderwijssectoren, rechtsgebieden en rechtsvragen. Het onderwijsrecht is bij uitstek een breed rechtsgebied. De aandacht gaat daarbij waar mogelijk uit naar het gemeenschappelijke en het sectoroverstijgende.¹¹² Uit de details wordt getracht het algemene te destilleren.

Het is niet bij voorbaat de bedoeling om te pleiten voor harmonisatie van wet- en regelgeving. Wel worden de voordelen van harmonisatie voor de toegankelijkheid, begrijpelijkheid, kenbaarheid en daarmee samenhangende rechtszekerheid onderschreven. De originaliteit wordt voorts gezocht in het perspectief van de bestuurder. Waar heeft een bestuurder mee te maken als hij om zich heen zou kijken? Hoe ziet zijn juridische positie er dan uit?

1.10.3 *Internationale rechtsvergelijking*

Bij de aanvang van dit onderzoek heb ik mij de vraag gesteld of het nuttig zou zijn om ook te kiezen voor een internationale rechtsvergelijking. Europeesrechtelijke ontwikkelingen en internationalisering hebben immers invloed op de uitleg van Nederlandse wet- en regelgeving. Het lag daarom voor de hand om ook te bekijken hoe het is gesteld met de juridische positie van bestuurders in andere landen.¹¹³ Internationale rechtsvergelijking biedt de kans om het eigen rechtstelsel en onderwijsbestel beter te doorgronden en de grote lijnen te doorzien. Inzicht in de werking van andere rechtstelsels kan een inspiratiebron zijn.

Toch is in dit onderzoek geen keuze gemaakt voor een dergelijke internationale rechtsvergelijking. De reden daarvoor is de al genoemde ‘boog over het geheel’. Een belangrijke wens bij de aanvang van dit onderzoek is juist geweest om aandacht te besteden aan de overeenkomsten en verschillen tussen de vijf onderwijssectoren in Nederland en de onderliggende vier sectorwetten. Die rechtsvergelijking heeft reeds veel inspiratie gebracht.

1.11 OPZET EN OPBOUW VAN HET ONDERZOEK

Dit inleidende hoofdstuk vormt de aanzet voor de rest van het onderzoek. De opzet in de navolgende hoofdstukken is dat steeds wordt gekozen voor een invalshoek die het mogelijk

¹¹² Hoogleraren Onderwijsrecht, ‘De toekomst van het onderwijs. Analyses en desiderata, Brief aan de Commissie Nationaal Plan Toekomst Onderwijswetenschappen’, *NTOR Jaarboek Onderwijsrecht2006-2010*, 2011, p. 13.

¹¹³ Zie bijvoorbeeld Jurgens & Van Ommeren 2009 en de wijze waarop Jak daarover spreekt, Jak 2014, p. 34-35.

maakt het betreffende thema in een breder perspectief te plaatsen. Vervolgens wordt het thema verder uitgewerkt en geanalyseerd. Elk hoofdstuk sluit af met het benoemen van de betekenis van het betreffende thema voor de juridische positie van de bestuurder. Ook wordt in de meeste hoofdstukken aandacht besteed aan autonomie als rode draad. De hoofdstukken 3 tot en met 9 zijn ook zelfstandig te lezen.

Hoofdstuk 2 – Historische ontwikkeling onderwijsorganisaties tot 1985

Hoofdstuk 2 richt zich op de hoofdlijnen van de ontwikkeling van onderwijsorganisaties in de periode tot 1985. Hierbij wordt bijzondere aandacht besteed aan de juridische positie van het hoofd van de school in de negentiende eeuw. Tevens wordt in dit hoofdstuk kort ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 Grondwet. Voor een goed begrip van de huidige positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie is het waardevol stil te staan bij deze historische ontwikkeling. Zonder besef van continuïteit geen toekomst.

Hoofdstuk 3 – Bestuurlijke vormgeving van het onderwijs

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de bestuurlijke vormgeving van onderwijsorganisaties. Hierbij wordt aan de hand van het bestuurlijk organisatierecht ingegaan op de onderwijsrechtelijke kernbegrippen ‘bevoegd gezag’, ‘bestuur’ en ‘besturen’, ‘instandhouding’, ‘beheren’, ‘school’ en ‘instelling’. In het verlengde daarvan wordt tevens getracht de bestuurlijke taak van bestuurders in het onderwijs te beschrijven en worden de belangrijkste kenmerken van de diverse bestuursvormen aangestipt. Het hoofdstuk sluit af met een poging tot een herijking van het juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs.

Hoofdstuk 4 – Zorgplichten in het onderwijs

Sinds de jaren negentig kiest de onderwijswetgever met regelmaat voor het opnemen en uitwerken van kwaliteitsnormen en zorgplichten. Het karakter van deze zorgplichtbepalingen komt in hoofdstuk 4 aan bod. Achtereenvolgens worden besproken de zorgplichten goed onderwijs, goed bestuur, scheiding bestuur en intern toezicht en interne bestuursorganisatie. In dit hoofdstuk wordt ook stilgestaan bij de zorgplicht van onderwijsorganisaties voor het functioneren van de medezeggenschap.

Hoofdstuk 5 – Extern toezicht door de overheid krachtens publiekrecht

Een belangrijke actor voor de bestuurder in diens bestuurlijk krachtenveld is uiteraard de overheid. Het toezicht door de overheid en de handhaving van de deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden worden besproken in hoofdstuk 5. Dit hoofdstuk bevat allereerst enkele inleidingen en beschouwingen op het thema toezicht en handhaving, op de verhouding algemeen bestuursrecht en onderwijswetgeving en op de positie van de

overheid als toezichthouder. Veel aandacht gaat ook uit naar de diverse publiekrechtelijke interventie-instrumenten.

Hoofdstuk 6 – Het privaatrecht als toetsingskader

Hoofdstuk 6 richt zich op het privaatrecht als toetsingskader voor de bestuurder. In dit hoofdstuk wordt bijzondere aandacht besteed aan het thema privaatrechtelijke sturing in het onderwijs en de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Overeenkomstig mijn eerdere preadvies in 2014 komen achtereenvolgens aan bod de constitutieve voorwaarden voor onderwijsorganisaties, de mogelijkheden tot beperking van de bestuursbevoegdheid en diverse privaatrechtelijke interventie-instrumenten gericht op de bestuurder. Die laatste groep bestaat uit bestuurdersaansprakelijkheid, ontslag door de rechtbank, civielrechtelijk bestuursverbod, enquêterecht. Het leerstuk *educational malpractice* komt ook aan bod. Afgesloten wordt met enkele opmerkingen over het gebruik van privaatrecht door de overheid en het vermeende aanvullende karakter van dat privaatrecht.

Hoofdstuk 7 – Samenwerking door onderwijsorganisaties

Bestuurlijke netwerkvorming is een volgend aspect dat van betekenis is voor de juridische positie van bestuurders in het onderwijs. In hoofdstuk 7 wordt op deze ontwikkeling ingegaan. Aan bod komen enkele voorbeelden van samenwerkingsverplichtingen waarmee bestuurders rekening hebben te houden. In dit hoofdstuk komen ook de in de onderwijs-wetgeving opgenomen wettelijke faciliteiten voor samenwerking aan de orde alsmede de juridische randvoorwaarden bij samenwerking tussen bestuurders van onderwijsorganisaties.

Hoofdstuk 8 – Benoeming, kwaliteit, bezoldiging en ontslag van individuele bestuurders

De positie van de individuele bestuurder vormt de rode draad in hoofdstuk 8. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de benoeming van een bestuurder, zijn mogelijke beloning en het eventuele ontslag.

Hoofdstuk 9 – Autonomie als verbindend thema

Hoofdstuk 9 gaat naar aanleiding van de voorafgaande hoofdstukken in op autonomie als verbindend thema. Besproken worden het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel en de bestuurlijke autonomie van de bestuurder in het onderwijs.

Hoofdstuk 10 – Samenvatting, conclusies en slot

Hoofdstuk 10 vormt het afsluitende hoofdstuk. Het hoofdstuk bevat eerst een samenvatting van de voorafgaande hoofdstukken. Vervolgens wordt antwoord gegeven op de deelvragen en de probleemstelling. Het hoofdstuk sluit af met enkele aanbevelingen en een kort slotwoord.

1.12 TOT SLOT

Het onderwijs is een dynamische sector.¹¹⁴ Het onderliggend literatuuronderzoek werd oorspronkelijk afgesloten op 1 januari 2016 en het schrijven op 1 augustus 2016. Wetgeving, relevante wetgevingsvoorstellen, literatuur en jurisprudentie van voor 1 januari 2016 zijn zo veel als mogelijk verwerkt en besproken. Het onderwijsrecht is echter dynamisch. Wetten, jurisprudentie, voorstellen en formele adviezen volgen elkaar snel op. Voor zover het betreft jurisprudentie en formele wetsvoorstellen in de eerste helft van 2016 is daarom geprobeerd ook die voor zover mogelijk mee te nemen. Dat geldt echter niet voor brieven, adviezen en literatuur.

Zeer kort voor de afrondingsdatum van het onderliggend literatuuronderzoek werd een conceptwetsvoorstel ter openbare consultatie aangeboden dat moet voorzien in een modernisering en vereenvoudiging van de Wvo (18 december 2015) en vlak na deze datum werd het consultatiedocument Algemene Wet Onderwijs openbaar gemaakt (4 maart 2016). Beide consultatiedocumenten zijn gelet op hun voorlopige karakter slechts in zeer algemene zin verwerkt in dit onderzoek. De inhoud van beide concepten maakt dat ook mogelijk. Het conceptwetsvoorstel modernisering en vereenvoudiging van de Wvo beoogt vooral een technische herschikking van de huidige Wvo. De Algemene Wet Onderwijs moet zich blijkens het consultatiedocument in eerste instantie gaan richten op het uitwisselen van persoonsgegevens.

Na 1 januari 2016 zijn het Wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen en het initiatiefwetsvoorstel Wet doeltreffender regeling onderwijstoezicht aangenomen door de Eerste Kamer. De verwachting is dat beide wetsvoorstellen in de tweede helft van 2016 of begin 2017 in werking treden. De door de Eerste Kamer besproken versies zijn terug te vinden in dit onderzoek. Zeer kort voor het einde van het schrijven van het onderzoek werd ook het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen naar de Tweede Kamer gezonden.¹¹⁵ Ter duiding van de inhoud en de betekenis van de voornemens op dit terrein werd oorspronkelijk een beroep gedaan op het openbare consultatiedocument uit 2014.¹¹⁶ In de laatste fase is getracht recht te doen aan de inhoud van het formeel ingediende wetsvoorstel.

114 Aldus ook de ondertitel bij de bundel van Leune uit 2001.

115 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2 (Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen).

116 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), www.internetconsultatie.nl (6 februari 2014).

Opmerking verdient tot slot dat het deel van het onderzoek dat ziet op de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders een meer voorlopig karakter heeft. De Wet werk en zekerheid is op 1 juli 2015 in werking getreden en de jurisprudentie op dit terrein is volop in ontwikkeling.¹¹⁷ Jurisprudentie na 1 juli 2015 over de Wet werk en zekerheid is – mede gelet op het deels voorlopige karakter – niet besproken.

¹¹⁷ Wet werk en zekerheid (Stb. 2014, 216; dossier 33818).

HOOFDSTUK 2 – HISTORISCHE ONTWIKKELING ONDERWIJSORGANISATIES TOT 1985

2.1 INLEIDING

2.1.1 *De bestuurder van vroeger is niet de bestuurder van nu*

In het Onderwijsmuseum te Dordrecht hangt aan het plafond een mooie verzameling oude schoolplaten. Op een van deze schoolplaten is Karel de Grote afgebeeld die aan het einde van de 8^{ste} eeuw een klaslokaal bezoekt. Met zijn onderwijswet “Et ut scolae legentium puerorum fiant...” werd in het jaar 789 de kiem gelegd voor de verantwoordelijkheid van overheden en bestuurders voor het stichten en in stand houden van scholen.¹

De bestuurder van vroeger is niet de bestuurder van nu. In dit hoofdstuk staat de vroege bestuurlijke organisatie van het onderwijs centraal. In hoofdstuk 1 heb ik de bestuurder gedefinieerd als de professioneel bestuurder van een onderwijsorganisatie. Bestuurders zijn echter niet altijd professioneel bestuurder geweest.

2.1.2 *Vraagstelling en opzet hoofdstuk*

De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord is hoe de historische ontwikkeling van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs er op hoofdlijnen uitziet. Het stellen en beantwoorden van deze vraag is nuttig om inzicht te krijgen in de in elk geval tot 1985 geldende grondstructuur voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs. Het biedt voorts de mogelijkheid om kort stil te staan bij de oorspronkelijke verschillen tussen het openbaar en bijzonder onderwijs en de ontwikkelingsgeschiedenis van artikel 23 Grondwet.

In paragraaf 2.2 wordt de institutionalisering van de school besproken in de periode tot de Bataafse Republiek.² Daar waar mogelijk een verwijzing ontbreekt, wordt volstaan met

1 Meer informatie is te vinden via www.onderwijserfgoed.nl en www.onderwijsmuseum.nl.

2 Bij het schrijven van paragrafen 2.2 en 2.3 is in het bijzonder een beroep gedaan op: Görlitz 1849, Idenburg 1964, Boekholt & De Booy 1987, Dodde 2001, Boekholt, Crombrugge, Dodde & Tyssens 2002 en Bakker & Noordman 2010.

deze algemene verwijzing. In paragraaf 2.3 wordt de verstatelijking van het onderwijs en de bevestiging van de vrijheid van het geven van onderwijs in de negentiende eeuw beschreven. In paragraaf 2.4 komen de onderwijspacificatie van 1917 en de hoofdlijnen van de lager Onderwijswet 1920 en de Wet op het voortgezet onderwijs 1968 aan bod. Het hoger onderwijs krijgt aandacht in paragraaf 2.5. Paragraaf 2.6 bevat een afronding.

2.2 DE INSTITUTIONALISERING VAN DE SCHOOL (1350-1796)

2.2.1 *Onderwijs als lokaal initiatief en onderwijzers als zelfstandig ondernemers*

Vanaf het begin van de vroege Middeleeuwen komen in Nederland de eerste parochie- of kloosterscholen voor. Het waren vooral opleidingsscholen voor functies bij de kerk of in het bestuur. Vanaf de late middeleeuwen wordt het geven van onderwijs meer een professie. Geleerden zijn onderwijzers ‘zelfstandigen zonder personeel’. Adel, regenten en geestelijkheid waren hun werkgevers of boden hen de mogelijkheid bij hen thuis of in hun gebied waarover zij zeggenschap hadden aan één of meer kinderen onderwijs te geven.

Met de vroegstedelijke ontwikkeling neemt vanaf de veertiende eeuw ook het aantal scholen toe. Onderwijzers bieden actief hun diensten aan bij stadsbesturen en kerkelijke instellingen en doen het verzoek om zich te mogen vestigen. Dit vergde doorgaans toestemming van het lokale bestuur. Er ontstaat ook een zekere concurrentie tussen steden, adel en kerken om de meest gerenommeerde onderwijzers aan zich te binden. De eerste scholen ontstaan en onderwijzers zoeken verbinding met elkaar. Door de toenemende stedelijke concurrentie in de zestiende eeuw groeit de bestuurlijke band tussen lokale overheden en de onderwijzers. Het aantal en het belang van de Groote Scholen, ook wel Latijnse Scholen genoemd, neemt toe. In Zeeland, Holland en Friesland staan de belangrijkste scholen steeds vaker onder het gezag van de stadsbestuurders.

De onderlinge verschillen tussen de scholen zijn groot. Vanaf het midden van de zestiende eeuw ontstaat wel een bestuurlijke structuur die uitgaat van stadsbesturen die zelf direct of indirect het bestuur vormen van de Groote Scholen en als werkgever van de hoofdonderwijzer functioneren. Veel scholen waren doorgaans alleen toegankelijk voor de elite. Naarmate het stadsbestuur, of het door hem aangestelde beherend bestuur, betere docenten kon aantrekken, nam het prestige van een school toe en daarmee van de bestuurders en de stad. Een rector met nationale of zelfs internationale bekendheid stond voor een hoog onderwijsniveau van de school. Nu nog bekende namen van rectoren en hun Latijnse scholen zijn Hegius in Deventer (vijftiende eeuw), Crucius in Delft (begin zeventiende

eeuw) en Vossius in Dordrecht (begin zeventiende eeuw). Al deze scholen kennen ook bekende leerlingen. Hugo de Groot ging in Delft naar school, Thomas a Kempis in Deventer en Johan de Witt in Dordrecht.³

Omdat veel ouders niet altijd tevreden waren over de kwaliteit van het onderwijs, de toegankelijkheid voor de verschillende standen beperkt was of de inhoud van het onderwijsprogramma niet praktisch genoeg, nam de lokale behoefte aan meer en andere scholen toe. De stedelijke ontwikkeling was van dit proces een belangrijke aanjager. De groei van de bijscholen leidde vanaf de zeventiende eeuw tot het ontstaan van Franse en Duitse scholen, al dan niet in de vorm van bewaarscholen, armenscholen, meisjesscholen of kleine kinderscholen. Rekenen (boekhouden) en taal (Duyts of Frans) waren de hoofdvakken; soms was vooral sprake van opvang. Er ontwikkelde zich een stelsel van lokale regelingen, verordeningen en/of vergunningen. Lokale overheden lieten particuliere onderwijsgegenden of houders van bijscholen toe onder voorwaarden die vaak betrekking hadden op de bekwaamheid van de onderwijzers, de zedelijkheid van het onderwijs of de veiligheid van het schoolgebouw. Het onderwijs in de klassieke talen was doorgaans voorbehouden aan de Groote of Latijnse school maar de gedetailleerdheid van de overige voorwaarden was doorgaans beperkt.

De behoefte aan het stellen van voorwaarden had in de zeventiende en de achttiende eeuw een stelsel van lokale toelatingen tot gevolg. Dit stelsel ging uit van zelfstandig ondernemerschap van onderwijzers en een tot op zekere hoogte vrije onderwijsmarkt voor houders van bijscholen. De Latijnse Scholen hadden doorgaans het alleenrecht op het onderwijs in de klassieke talen. Dit beschermde de positie van deze Latijnse scholen zowel financieel als inhoudelijk. Te veel lokale concurrentie tussen scholen was niet gunstig voor het inkomen van de op de Latijnse school aan te stellen rector; en daarmee niet gunstig voor de aantrekkingskracht van school en stad.

Het schoolsysteem leek in veel steden en plattelandsregio's weliswaar op elkaar, maar van een landelijk of gewestelijk stelsel of van een voorgeschreven onderwijsinhoud was – met uitzondering van het universitair onderwijs en de predikantenopleidingen – geen sprake. Pogingen tot ordening en zelf verstatelijking waren er wel. Zo bracht Dudley, graaf van Leicester en landvoogd, in 1586 bijvoorbeeld de “School-ordeningen” uit. Deze ordening moest ertoe leiden dat in elke stad commissies van schooltoezicht het onderwijs konden bewaken en beschreef een tweeledige pedagogische richtlijn voor het onderwijs: een “seminaria ecclesiae” (godsdienstig-kerkelijke opdracht van het onderwijs) en een “semi-

3 Zie bijvoorbeeld de beschrijvingen van de jeugd van Hugo de Groot in Delft en die van Johan de Witt in Dordrecht: Nellen 2007 en Panhuysen 2005.

naria reipublicae” (een wereldlijk-maatschappelijke taak). De “Hollandse Schoolordre” uit 1625 moest, in elk geval voor de gewesten Holland en Friesland, een einde maken aan de wrevel bij veel synoden, predikantenopleidingen en universiteiten over de toestand van het onderwijs op de Latijnse scholen en de veelvormigheid van het onderwijs.⁴ De “Schoolordeningen” en de Hollandse Schoolordre kregen mede door hun inhoudelijke gedetailleerdheid en elitaire karakter nooit echt navolging. Wel bevestigden zij het humanistisch karakter van het onderwijs in de zeventiende en achttiende eeuw.⁵

2.2.2 *Bestuurlijke organisatie van de scholen*

De bestuurlijke organisatie van de Groote Scholen en de latere Latijnse scholen in de verschillende steden vertoonde gelijkenis. Veel stadsbesturen vormden zelf het bestuur van de school of benoemden de bestuurders. Het was vrijwel altijd ook het stadsbestuur, of het door hem benoemde schoolbestuur, dat als werkgever van de hoofdonderwijzer of rector fungeerde. De latere Latijnse scholen stonden doorgaans onder het beheer van het stadsbestuur of een afzonderlijk beherend orgaan in de vorm van een curatorium. Dit curatorium bestond uit stadsbestuurders, vertegenwoordigers van de lokale autoriteiten en/of vertegenwoordigers van maatschappelijke of kerkelijke instelling. Dit curatorium was vaak de werkgever van de rector, de conrector en de leraren.

Het was de verantwoordelijkheid van de rector om leiding te geven aan de Latijnse school. De rector werd als hoofdonderwijzer van de school vaak ondersteund door zijn vrouw en soms ook door knechten of ‘preceptores’. Sommige rectoren genoten zoveel faam, dat ze rector waren bij meerdere scholen en van stad naar stad trokken. In dat geval was het de conrector die namens de rector belast was met de dagelijkse leiding.

Het grote aantal leerlingen van veel scholen had als gevolg dat behoefte bestond aan groepsonderwijs met eigen onderwijzers en leraren. Deze groepen werden doorgaans ingedeeld op basis van de prestaties van de leerlingen. Een leraar of lector was verantwoordelijk voor zijn eigen groep. Vanaf eind achttiende eeuw werd groepsonderwijs en het klassikale stelsel door deskundigen aanbevolen als de geëigende vorm van inrichting van de school.⁶ Aldus ontstonden langzaam de eerste onderwijsorganisaties met meerdere klassen, meerdere onderwijzers en soms meerdere locaties.

4 Kuiper 1958, p. 173. De Hollandse Schoolordre was inhoudelijk ontleend aan de Nationale Synode van Dordrecht. Om te bewaken dat studenten op predikanten-opleidingen een goede opleiding hadden genoten, beoogde de ‘Hollandse Schoolordre’ te regelen dat de omvang en de inhoud van het onderwijs op de Latijnse scholen op elkaar aansloot.

5 Rademaker 1967, p. 170.

6 De Wolf 1977, p. 223-241

De ontwikkeling van scholen met een enkele klas naar onderwijsorganisaties treffen we ook aan bij de grotere bijscholen. In tegenstelling tot de Latijnse scholen beheerden of bestuurden de lokale autoriteiten deze bijscholen meestal niet. Zij hielden er slechts meer of minder nauw toezicht op. In vooral de vijftiende en zestiende eeuw deden zij dat vooral als toelatende autoriteit. Vanaf de zeventiende eeuw werden vaker commissies van toezicht ingesteld of onderwijsopzieners aangewezen. De meeste bijscholen kenden overigens particuliere eigenaren, vaak de hoofdonderwijzer zelf. Ook bestuurden of beheerden soms kerkelijke en maatschappelijke instellingen een bijschool. Het hing sterk van de lokale omstandigheden af voor wie de bijschool toegankelijk was en of het onderwijs meer inhield dan opvang of liturgie. Soms waren bijscholen zelfs populairder dan de lokale Latijnse School.

De bemoeienis van de lokale autoriteiten met het onderwijs op de bijscholen werd steeds vaker vastgelegd in ordres of verordeningen. Soms werden deze verordeningen gewestelijk vastgesteld en bevatten ze een beperkt aantal algemene regels. Vaker was sprake van een stedelijke verordening gericht op de verhouding tussen de Latijnse school en de overige scholen. De verordeningen bevatte dan bepalingen gericht op de kwaliteit en de aanstelling van de onderwijzers, het inkomen (traktement en schoolgeld), de schooltijden en het (beperkte) toezicht op het onderwijs. Plaatselijk was ook wel sprake van verordeningen die de verhouding tussen het lokale (plattelands)bestuur en de onderwijzer regelden.

Het lokale toezicht richtte zich vooral op het bezit van een akte van toelating aan de onderwijzer die hem toestemming gaf een school te beginnen of leraar te worden. Deze akte van toelating werd doorgaans verstrekt door de lokale autoriteit, na verkregen advies van de betrokken commissie van toezicht. Een bekend voorschrift is van de provincie Zeeland uit 1590 welke bepaalde dat niemand in de stad of op het platteland onderwijs mocht geven in het Latijn, Grieks, Nederlands of Frans zonder toestemming van de door de stedelijke magistraat gemachtigde commissie van schooltoezicht.⁷ De akte van toelating kon doorgaans worden ingetrokken als de kwaliteit of de zedelijkheid van het onderwijs ondermaats bleek.

Langzaam ontstond aldus een stelsel van bestuur en toezicht. Meerdere commissies van toezicht waren – net als de curatoria bij de oude Latijnse scholen – werkgever van de hoofdonderwijzer of vervulden de rol van schoolbestuur. De diversiteit in samenstelling, taken en bevoegdheden van het toezicht was groot. Het was niet ongebruikelijk dat een stad of regio meerdere commissies van toezicht kende, al dan niet verdeeld naar religieuze

7 Dodde 2001, p. 81-82 met een verwijzing naar Buddingh 1842, p. 91.

achtergrond. Soms kwam het voor dat sprake was van hoofd- en deelcommissies, al dan niet lokaal of gewestelijk georganiseerd.

2.2.3 *Stand van zaken eind achttiende eeuw*

De periode van het midden van de middeleeuwen tot aan 1796 kenmerkte zich door een langzame groei van het aantal en de omvang van de scholen en een institutionalisering van zowel het onderwijs als de betrokkenheid van de overheid. Uitgangspunt in de achttiende eeuw was een op de lokale omstandigheden gericht vergunningenstelsel dat zowel de concurrentiepositie van het meer elitaire onderwijs moest beschermen als de bekwaamheid en zedelijkheid van het te verzorgen onderwijs. De onderwijzer als zelfstandig ondernemer was vooral voor wat betreft de bijscholen uitgangspunt. Met de groei van het aantal en de omvang van de scholen, ontstonden de eerste onderwijsorganisaties. De lokale overheid en lokale, al dan niet kerkelijke, organisaties waren doorgaans nauw betrokken bij het onderwijs. Die betrokkenheid van de overheid kon de vorm hebben van het besturen of het benoemen van de besturen en curatoria van de scholen, maar ook invulling krijgen door het benoemen van opzieners of de instelling van commissies van toezicht.

2.3 DE ORDENING VAN HET FUNDEREND ONDERWIJS (1796-1917)

2.3.1 *Maatschappij tot Nut van 't Algemeen Belang en Grondwet 1814*

Eind achttiende eeuw nam de behoefte aan landelijke bemoeienis met het onderwijs toe. De Verlichting resulteerde in gedeelde opvattingen over het belang van de ontwikkeling van kennis en onderwijs. Ideeën over de noodzaak van zedelijk onderwijs en maatschappelijke opvoeding werden breed onderschreven. Uiteindelijk mondde dit uit in een advies van de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen in 1796 aan de Nationale Vergadering van de Bataafse Republiek.⁸ In de zogeheten 'Algemeene Denkbeelden over het Nationaal Onderwijs' werd het uitgangspunt beschreven dat de maatschappij van burgers mocht verwachten dat zij hun plichten vervulden maar dat dit pas van hen kon worden gevorderd als zij als leden van de maatschappij die plichten kenden.

“De zorg der Maatschappij behoort zich dan meer bepaaldelijk uit te strekken, over het onderwijs der jeugd, om dezelve tot deugdzame en nuttige Leden der Maatschappij te vormen. De zorg en de invloed der maatschappij, betrekkelijk

8 Maatschappij tot Nut van 't Algemeen, *Algemeene Denkbeelden over het Nationaal Onderwijs, Inbreng Commissie uit de Nationaale Vergadering*, Amsterdam 14 oktober 1796.

het onderwijs, zal zich dus moeten bepalen: 1. Tot zodanige kundigheden en vereischten welken van alle Burgers, zonder onderscheid kunnen gevorderd worden (...) Dit gedeelte van het onderwijs moet derhalven staan onder het onmiddellijk toeverzicht, bestuur, en bezorging van hen, aan wien de Maatschappij de waarneemigh en behartiging der algemeene bepalingen heeft opgedragen.”⁹

Het advies van de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen leidde in 1798 gedurende de Bataafse Republiek tot de Staatsregelingen en de benoeming van een Agent van nationale opvoeding, waarna in 1801 de eerste Schoolwet tot stand werd gebracht. De daaropvolgende Schoolwet 1806 hield stand tot 1857.

De Grondwet van 1815 bevestigde de behoefte aan nationale bemoeienis met het onderwijs. In de tekst van artikel 140 Grondwet 1814 werd de zorg van de overheid voor het onderwijs direct gekoppeld aan de doelen van het onderwijs: het bevorderen van de godsdienst, de versterking van de Staat en de ontwikkeling van de kennis. Een jaar later werden deze drie doelen van onderwijs verondersteld algemeen aanvaard te zijn waardoor deze toelichting op de functie en het belang van onderwijs kwam te vervallen.

2.3.2 *Schoolwet 1806*

A. Formalisering vergunningenstelsel

De Schoolwet 1806 bestond uit een ‘Wet voor het lager schoolwezen en onderwijs binnen de Bataafse Republiek’ en een nader ‘Reglement voor het lager schoolwezen en onderwijs binnen de Bataafse Republiek’ (Reglement 1806). De Schoolwet 1806 introduceerde niet een recht op bekostiging door de overheid. Wel vormde het de wettelijke grondslag voor (1) het toezicht op de bekwaamheid van de onderwijzers, (2) het toezicht op de zedelijkheid van het onderwijs en (3) de rapportage over de staat van het onderwijs. Alle toegelaten scholen vielen onder overheidstoezicht (artikel 1 Schoolwet 1806). Gebruikmakend van de al bekende opzieners, commissies en colleges van toezicht, werd de verantwoordelijkheid voor het oppertoezicht van de Secretaris van Staat belegd bij door hem te benoemen schoolopzieners. Zij werden benoemd op basis van landelijke richtlijnen.

De Schoolwet 1806 introduceerde ook een door de Staat voorgeschreven vergunningenstelsel (artikel 2 Schoolwet 1806). Hierdoor kwam het geven van onderwijs definitief onder het toezicht van de overheid te staan. De vrijheid tot het geven van onderwijs werd beperkt

9 Maatschappij tot Nut van 't Algemeen, *Algemeene Denkbeelden over het Nationaal Onderwijs, Inbreng Commissie uit de Nationaale Vergadering*, Amsterdam 14 oktober 1796.

in die zin dat eenieder die onderwijs wenste te geven, over een vergunning diende te beschikken (artikel 12 Schoolwet 1806). Bij de formulering van de vergunningsvoorwaarden werd nauw aangesloten bij verordeningen en akten van toelating zoals die destijds door veel lokale overheden werden afgegeven. Bekwaamheid van de onderwijzers en zedelijkheid van het onderwijs waren doorslaggevend.

B. Bekostiging als onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs

Ten behoeve van de inrichting van het overheidstoezicht onderscheidde de Schoolwet 1806 het openbaar onderwijs en het bijzonder onderwijs. Het onderscheid zag vooral op de wijze van bekostiging. Het nationaal of openbaar onderwijs werd geheel of gedeeltelijk bekostigd door of vanwege de overheid. Was van publieke bekostiging geen sprake, daar- onder ook begrepen geestelijke bekostiging, dan was de school bijzonder. De vraag wie de school beheerde, wie bestuurder of eigenaar was of van welke richting het onderwijs uitging, deed niet ter zake.

Artikel 2 Reglement 1806

De Lagere scholen worden onderscheiden in dezulke, die uit eenige publieke, het zijn Lands, Departementale, Plaatselijke, Geestelijke, Kerkelijke of eenige andere openbare kas hoegenaamd, geheel of gedeeltelijk regtstreeks onderhouden of ondersteund worden, of behooren tot een Gesticht, hetwelk op eenigerhande wijze uit een publieke kas onderhoud of vasten onderstand erlangt, – en in dezulke, wier onderhoud, buiten de bijdrage of toelagen uit eenige publieke kas, gevonden wordt uit bijzondere Kassen, Fondsen, Toelagen of Penningen. De eersten heeten Openbare en de laatsten Bijzondere Scholen; ook worden derzelver Onderwijzers onderscheiden in Openbare en Bijzondere.

Het achterliggende idee van bekostiging als onderscheid was dat openbaar (het nationale) eigenlijk alomvattend behoorde te zijn. “Alle scholen,” zeide de Heer van den Ende, zijn openbare, dat is, zij worden in het openbaar gehouden.” En hij paste dit zelfs toe op de scholen van godshuizen; “deze zelve,” zeide hij “zijn openbare gestichten met al hun toebehooren.”¹⁰ Deze verdeling komt overeen met die van de Maatschappij tot Nut van ’t Algemeen die eerder in 1796 een onderscheid maakte tussen (1) nationaal onderwijs dat door of vanwege de Maatschappij werd verzorgd en (2) vrij of bijzonder openbaar onderwijs, zijnde al het andere, niet door of vanwege de Maatschappij verzorgde onderwijs dat in het openbaar werd gegeven.¹¹

10 Ter Gouw 1862, p. 134.

11 Maatschappij tot Nut van ’t Algemeen, *Algemeene Denkbeelden over het Nationaal Onderwijs, Inbreng Commissie uit de Nationaale Vergadering*, Amsterdam 14 oktober 1796.

Ten aanzien van het bijzonder onderwijs maakte de Schoolwet 1806 en het Reglement Schoolwet 1806 een nader onderscheid op basis van de vormgeving van het beheer. Er kon blijkens artikel 3 Reglement 1806 sprake zijn van bijzondere scholen die:

- werden beheerd en (gedeeltelijk) bekostigd door een kerkelijke instelling;
- werden beheerd en (gedeeltelijk) bekostigd door de Maatschappij Tot Nut van 't Algemeen of een zelfstandig maatschappelijk gesticht;
- waarvan de bekostiging werd gedragen door een bijzondere persoon of collectief van bijzondere personen (niet zijnde de onderwijzers) die zich tot het besturen en beheren van de bijzondere school verbonden of onderling verenigd hadden;
- door zelfstandige onderwijzers in stand werden gehouden op basis van schoolgelden en eventuele kostenpenningen.

Voor de groep scholen beheerd door een kerkelijke of maatschappelijke instelling maakte in de negentiende eeuw een sterke groei door. Sommige van deze scholen werden gedeeltelijk door de overheid bekostigd (en waren dan openbaar), maar niet alle.¹² Het beheren van scholen door onderwijzers als zelfstandig ondernemers was niet ongebruikelijk. Uit een overzicht van Renesse leren we dat in 1868 van de destijds 931 bijzondere lagere scholen er 405 voor rekening en risico van de hoofdonderwijzer in stand worden gehouden.¹³ In 1806 werd deze groep hoofdonderwijzers ook wel aangeduid als schoolhouders en schoolhouderessen (Artikel 4 Reglement 1806). Een schoolhouder was zelf verantwoordelijk voor de bekwaamheid van de overige personen die hij op zijn school onderwijs liet verzorgen (Artikel 4 Reglement 1806).

C. Landelijk toezicht en lokaal vergunningenstelsel

Gelet op de wens het toezicht landelijk te organiseren en op elkaar af te stemmen lag het voor de hand te opteren voor een landelijk voorgeschreven en lokaal ingericht vergunningenstelsel. Met het oog daarop werd in 1806 gekozen voor een landelijke organisatie van het toezicht op het onderwijs.¹⁴ Het vergunningenstelsel sloot op hoofdlijnen aan bij de in veel steden en op het platteland reeds gegroeide praktijk dat slechts met toestemming van de lokale autoriteit een school mocht worden opgericht of kon bestaan (artikel 12 Schoolwet 1806). De belangrijkste vergunningsvoorwaarden waren beschreven in artikel 13 Schoolwet 1806. Elke onderwijzer diende (1) een bewijs te hebben van goed burgerlijk en zedelijk gedrag, (2) te beschikken over een getuigschrift (algemene toelating) (3) en een akte van aanstelling of toelating, alsmede (4) zich gemeld te hebben bij de lokale toezicht-houder.

12 Ter Gouw 1862, p. 134-135.

13 Van Renesse 1886, p. 32-34.

14 Dodde 2001, p. 95.

Nieuw was dat de belangrijkste vergunningsvoorwaarden nu expliciet werden beschreven in landelijke wetgeving en de voorwaarde van een getuigschrift. Het getuigschrift kon men behalen door een landelijk erkend examen te doen. Het vergunningstelsel borduurde voort op het eerdere artikel 18 Schoolwet 1801: “Ieder Burger zal een Bijzonder School kunnen oprigten, om in hetzelfde onderwijs te geven, evenals in de Openbare Scholen geschiedt, doch daartoe alvorens admissie van het Gemeentebestuur moeten verkrijgen en even als de Openbare Onderwijzers worden geëxamineerd.”¹⁵

De lokale autoriteiten bleven verantwoordelijk voor de toelating en het toezicht. Om aan lokale verschillen tegemoet te kunnen komen, bepaalde artikel 20 Schoolwet 1806 dat de lokale Commissies en gewestelijke besturen huishoudelijke schoolreglementen moesten opstellen. In de praktijk bleek het vergunningstelsel overigens vrij restrictief te worden uitgelegd.¹⁶ Het aantal bijzondere scholen werd vaak beperkt tot een vast getal naar de plaatselijke behoefte en er werd geen vergunning tot het oprichten van een nieuwe school verleend als de behoefte niet bleek.¹⁷ Door de vorming van diakoniescholen en maatschappelijke gestichten ontstond een vorm van maatschappelijk ondernemerschap; groepen van georganiseerde burgers gingen bijzondere scholen beheren en trokken docenten aan die op basis van hun voorwaarden onderwijs verzorgden.

2.3.3 *Grondwet 1848*

De Grondwet 1815 ging niet in op de inhoudelijke grondslag van het onderwijs. Met de groei van het aantal scholen in de eerste helft van de negentiende eeuw investeerde de overheid echter meer in het onderwijs en nam het concurrentieverschil tussen de scholen die wel en niet geheel of gedeeltelijk door de overheid werden bekostigd toe.¹⁸ In dezelfde periode verdiepte ook de discussie over het gewenste godsdienstige karakter van het onderwijs zich. In de praktijk had de landelijke overheid de voorkeur voor een neutraal-vrijzinnig (maar wel christelijk) karakter, ook als geen sprake was van bekostiging door de overheid. Bij orthodoxe stromingen en de katholieken leidde dit tot onrust. Deze discussie over het karakter van het onderwijs mondde uiteindelijk uit in wat we thans de Eerste Schoolstrijd noemen.

De kernvraag van deze Eerste Schoolstrijd was in hoeverre het geven van onderwijs vrij van vergunning door de overheid mocht zijn; en daarmee in meer of mindere mate vrij

15 Van den Ende, 1846, p. 9.

16 Görlitz 1849, p. 51-52.

17 Ter Gouw 1862, p. 143.

18 Boekholt & De Booy 1987, p. 173-174.

van toezicht door de overheid. Het resultaat van de Eerste Schoolstrijd was dat de wetgever bevestigde dat het geven van bijzonder onderwijs vrij was. Ieder verkreeg de vrijheid binnen het kader van deugdelijkheidseisen een eigen school te stichten. Deze keuze werd gemaakt in artikel 194 Grondwet 1848 en later bevestigd in de Lager-onderwijswet 1857.

Een voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs relevant resultaat van de Eerste Schoolstrijd was dat het openbaar onderwijs als voorwerp van aanhoudende zorg van de regering werd aangemerkt en dat werd bepaald dat de “inrigting van het openbaar onderwijs” door de wet moest worden geregeld. Hiermee werd bereikt dat er (1) openbare scholen dienden te zijn, (2) dat het openbaar onderwijs (gedeeltelijk) diende te worden bekostigd door de overheid en (3) dat het openbaar onderwijs dient uit te gaan van de overheid, het gezag, en dus niet van anderen.

“De inrigting van het openbaar onderwijs wordt, zoo luidt nu het 2de artikel van het ontwerp van wet, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, door de wet geregeld. Dat wil zeggen: er zal een openbaar onderwijs zijn, dit zich niet begeeft op het terrein der godsdienstige begrippen, en de inrigting van dat onderwijs zal door de wet worden geregeld; dat wil zeggen: zal uitgaan van het gezag.

Tegenover dit openbaar onderwijs, door den Staat ingesteld, aangekweekt, aanbevolen en beschermd, zal intusschen overstaan het regt voor elk, die, naar regelen door de wet te stellen, van zijne bekwaamheid en zedelijkheid kan doen blijken, om vrijelijk zijne kundigheden aan anderen mede te deelen.”¹⁹

“Want er kan zijn een openbaar onderwijs, waarbij eens ieders godsdienstige begrippen worden geëerbiedigd, en een vrij onderwijs, dat bij sommigen op den grond van eene bepaalde leer kan zijn gevestigd, bij anderen op eene mededinging met het openbaar onderwijs berust, en zoo doende ijver, inspanningen verbetering uitlokt.”²⁰

De toelichting maakte duidelijk dat de grondwetgever een onderscheid maakte tussen (1) het door de wet geregelde en van het gezag van de overheid uitgaande openbaar onderwijs en (2) het vrije of bijzondere onderwijs dat niet door de wet is geregeld en ook niet van het gezag van de overheid uitging. Voor dit vrije bijzondere onderwijs werd het voorafgaande vergunningstelsel verlaten. Daarvoor in de plaats kwam (a) een verbod op het geven van onderwijs zonder de wettelijke gevorderde akte van bekwaamheid en

19 *Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 21 (MvT bij Ontwerpen van Wet tot Herziening der Grondwet).*

20 *Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 21.*

getuigschrift van goed zedelijk gedrag en (b) het informeren van het college van B&W van de betreffende gemeente over de oprichting van een school.

De keuze voor het vrije onderwijs werd daarbij gezien als een grondrecht die onlosmakelijk was verbonden met de klassieke grondrechten vrijheid van vereniging en godsdienst.

“Toen wij in de Grondwet het regt van vereeniging opnamen, toen wij opnamen de vrijheid van geloofsbelijdenis, de vrijheid van het verkeer met de hoofden der onderscheiden kerkgenootschappen, en eindelijk de vrijheid van onderwijs, wisten wij wel dat ook die bijzondere onderwerpen aan de beslissing van bijzondere wetten zouden kunnen onderworpen worden, maar wij achtten het noodig dat alles in de Grondwet op te nemen, opdat deze niet alleen zou zijn eene optelling der instellingen, waardoor de Staat zou worden beheerd, maar opdat zij tevens zou wezen een grondslag tot bevrediging, opdat in de Grondwet die beginselen zouden worden aangetroffen, die wij in gemoede meenden dat tot bevrediging van den Staat zouden kunnen leiden. Nu eenmaal door U Edel Mogenden dat regt van vereeniging is aangenomen, nu eenmaal die vrijheid van geloofsbelijdenis is erkend, is inderdaad de vrijheid van onderwijs een bloot gevolg daarvan; ik kan mij eene volkomene vrijheid van geloofsbelijdenis en vereeniging niet denken zonder de vrijheid van onderwijs. Het een kan niet zonder het ander bestaan. Als de inrigting van het onderwijs geheel aan de Regering wordt overgelaten, wat wordt er dan van die vrijheid in het godsdienstige, welke men nu met eene milde hand heeft toegestaan? (...)

Regtvaardig is, dat elk naar zijne mening zijne kinderen kan opvoeden, en het regt der Regering is alleen om toezigt te houden over de scholen, om te waken dat bekwame onderwijzers dat ambt bekleeden; en naast dat regt staat niet een ander regt der Regering (want dat regt zou dwang daarstellen), maar de pligt der Regering om te zorgen, dat er voldoende gelegenheid zij, op openbare, door het gezag beschermde scholen die kundigheden te verkrijgen, waar op elk volk moet prijs stellen. Ik herhaal dit is geen regt, maar een pligt der Regering. Dien pligt neemt zij op zich te vervullen en als bij dat openbaar onderwijs de godsdienstige begrippen van andersdenkenden worden geëerbiedigd, dan zullen deze openbare scholen niet onbezocht blijven, dan zal de vrijheid betere vruchten dragen dan dwang; want dwang geeft wantrouwe, en wantrouwen kan nooit tot verdraagzaamheid leiden.”²¹

21 *Handelingen II* 1847/48, p. 821 (24 augustus 1848).

De tekst van artikel 194 Grondwet 1848 laat in het midden aan wie – instellingen, onderwijzers, particulieren collectieven of ouders – de vrijheid van onderwijs als grondwettelijk recht toekwam. Deze keuze leidde en leidt soms tot een discussie over de vraag wie nu drager van de vrijheid van onderwijs is.²² Een belangrijk deel van het antwoord op deze vraag is te vinden in de volgende overweging bij artikel 194 Grondwet 1848.

“Tegenover dat openbaar onderwijs, van het gezag uitgaande, zal overstaan het regt der ouders om naar hunne begrippen de opvoeding hunner kinderen te regelen, en de ontwikkeling van hun verstand toe te vertrouwen aan hen, die, geheel onafhankelijk van het gezag, met bekwaamheid en zedelijkheid toegerust, de bevoegdheid tot het geven van onderwijs hebben verkregen.”²³

Uit deze overweging kan worden afgeleid, dat de grondwetgever van 1848 de keuze van ouders voor bijzonder onderwijs beschouwde als een keuze van ouders voor een “toevertrouwen” aan hen die bevoegd waren bijzonder onderwijs te geven. Dit toevertrouwen maakt inzichtelijk dat de vrije keuze van ouders voor bijzonder onderwijs volgt op de vrijheid van degenen die bijzonder onderwijs wensen te geven. Zij volgde in die zin het vrije ondernemerschap (vestiging, mededinging of beroepskeuze) en de meer algemene grondrechten van vrijheid van vereniging en vergadering. De Onderwijsraad verwoordde in 1996 het dragerschap van de vrijheid van onderwijs mede naar aanleiding van het voorafgaande onderzoek van Mentink dan ook als een recht om onderwijs te geven (*droit d’enseigner* in enge zin) en een recht om onderwijs te organiseren (*droit d’enseigner* in ruime zin).²⁴ Het recht van vrije schoolkeuze van ouders volgt daaruit als logische maar wel opvolgende stap.

2.3.4 *Lager-onderwijswet 1857*

A. Oprichten en onderhouden als doorslaggevend onderscheid openbaar en bijzonder onderwijs

De Lager-onderwijswet 1857 werkte het karakter van de openbare school verder uit. Artikel 23 Lager-onderwijswet 1857, dat niet van toepassing was op het bijzonder onderwijs, volgde voor de bewoording van het karakter van het openbaar onderwijs de terminologie van de Schoolwet 1806. Dit onderwijs moest onder het aanleren van gepaste en nuttige kundigheden, dienstbaar zijn aan de ontwikkeling van de verstandelijke vermogen der kinderen en aan hun opleiding tot alle Christelijke en maatschappelijke deugden. Het openbaar

²² Mentink 1996 en Onderwijsraad 1996b, p. 37-40.

²³ *Kamerstukken II* 1847/48, XLIX, 21.

²⁴ Onderwijsraad 1996b, p. 37-38.

onderwijs moest aldus dienstbaar zijn aan de opleiding van kinderen in christelijke en maatschappelijke deugden met dien verstande dat het openbaar onderwijs vrijzinnig en algemeen van karakter bleef.²⁵

Nieuw ten opzichte van de Schoolwet 1806 was dat niet de publieke bekostiging of de openbare toegankelijkheid het kenmerkende onderscheid voor het openbaar onderwijs was, maar het antwoord op de vraag wie de school had opgericht, bestuurd en/of beheerde. Als dat de overheid was, dan was volgens artikel 3 Lager-onderwijswet 1857 sprake van een openbare school. Alle overige scholen waren bijzonder. Dit onderscheid sloot aan bij artikel 194 lid 2 Grondwet 1848 dat immers door de keuze voor het bij wet regelen van de inrichting van het openbaar onderwijs, bepaalde dat het openbaar onderwijs diende uit te gaan van de overheid, het gezag zelf, en niet van anderen.

B. Bekwaamheid en zedelijkheid als wettelijk voorschrift

Het vergunningstelsel als zodanig werd verlaten. Wel bleef een toets aan de bekwaamheid en zedelijkheid mogelijk en de Lager-onderwijswet 1857 introduceerde een verbod op het geven van onderwijs als de onderwijzer niet voldeed aan de wettelijke bekwaamheids- en zedelijkheidsvereisten. Hiermee werd aangesloten bij de in artikel 194 lid 4 Grondwet 1848 opgenomen mogelijkheid van een “onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers”. Artikel 6 Lager-onderwijswet 1857 bepaalde dat niemand lager onderwijs mocht geven die niet in het bezit was van een door de wet gevorderde bewijs van bekwaamheid en zedelijkheid. Artikel 37 Lager-onderwijswet 1857 vereiste voor het geven van bijzonder schoolonderwijs of huisonderwijs het bezit van (1) een akte van bekwaamheid, (2) een getuigschrift van zedelijkheid en (3) een bewijs van goedkeuring van de akten door de lokale overheid. Die laatste eis gold logischerwijs niet voor het openbaar onderwijs, nu het openbaar onderwijs uitging van het gezag van de overheid zelf.

Gevolg hiervan was dat de noodzaak van toelating-of vergunningenstelsel zoals nog opgenomen in de Schoolwet 1806 kwam te vervallen. De toets vooraf werd vervangen door een toezicht achteraf op de naleving van het verbod.

“Bovendien zal haars inziens het hier bedoelde geval zich zeldzaam voordoen en, zoo al, geene grote schade aan het onderwijs kunnen aanbrengen. Het openbaar onderwijs vindt een waarborg in het voorschrift omtrent het verplichtend examen bij elke schoolvervulling: bestuurders van bijzondere scholen

25 *Kamerstukken II 1855/56 LIV, nr. 3, p. 453*: “Geen onderwijs is, hier te lande althans, denkbaar zonder dat zedelijkheid en godsdienstzin daarvan de grondslag en de strekking zijn. Maar dit is dan ook eene zoo algemeen erkende waardigheid, en vooral is elk onderwijzer daarvan zoo zeer doordrongen, dat eene wet op het onderwijs hieromtrent geene bepaalde voorschriften behoeft te geven.”

zullen er wel voor zorgen geen ongeschikten of de oefening verloren hebbende onderwijs aan het hoofd hunner school te plaatsen; alleen ingeval zoodanige onderwijzer zelf eene school oprigtte, zou het gemis der verlangde bepaling welligt nadeel kunnen veroorzaken, maar dan toch slechts voor korte duur, daar de onderwijzer, zoo hij voor zijn taak niet berekend bleek, spoedig zijne leerlingen zou verliezen.”²⁶

De Lager-onderwijswet 1857 had als gevolg dat de positie van de onderwijzer sterk verbeterde. De opleiding en het opleidingsniveau ging omhoog, de betaling nam toe en met dat alles ook de sociale positie. Met het latere Bouwbesluit van 1880 nam voorts ook de kwaliteit van de schoolgebouwen toe. Het vak van (hoofd)onderwijzer professionaliseerde en door de opleidingen verhoogde de kwaliteit van leerboeken en leermiddelen. Het is ook in deze periode, zo tussen 1858 en 1908, dat het aantal bekostigde scholen groeide van 2500 naar 5000 en het aantal leerkrachten van 6000 naar 25.000.²⁷ Het gegeven dat het aantal scholen verdubbelde en het aantal leerkrachten vervijfvoudigde maakt tevens inzichtelijk dat ook de omvang van de scholen zelf groeide. Het klassikale stelsel was dominant en bij meerdere scholen was sprake van meerdere onderwijzers.

C. Bestuurlijke inrichting

De Lager-onderwijswet 1857 bevatte een beperkt aantal bepalingen gericht op de interne organisatie van openbare scholen. Artikel 18 Lager-onderwijswet 1857 bepaalde bijvoorbeeld dat bij meer dan zeventig leerlingen een hoofdonderwijzer zich moest laten bijstaan door een kwekeling en bij meer dan honderdvijftig leerlingen door een hulponderwijzer en een kwekeling. De gemeenteraad diende voorts de hoofdonderwijzer van een openbare school te benoemen, terwijl de hulponderwijzers pas konden worden benoemd door de gemeenteraad na overleg met de hoofdonderwijzer (artikel 22 Lager-onderwijswet 1857). Voor deze benoemingen was bovendien vooroverleg vereist met de lokale schoolopziener.

De onderwijswetgever stelde nog geen eisen aan de bestuurlijke organisatie van het bijzonder onderwijs. Uitzondering op deze regel was dat het bijzonder schoolonderwijs diende te worden gegeven door hoofd- en hulponderwijzers (artikel 5 Lager-onderwijswet 1857). Zowel de mogelijkheid van een bijzondere school met bestuurders als de variant dat een bijzondere school werd opgericht en beheerd door hoofdonderwijzer was gebruikelijk.²⁸

26 *Kamerstukken I* 1857/58, 10 augustus 1957, p. 180 (Memorie van Beantwoording op het Verslag).

27 Van Renesse 1886 p. 101 en 360 en Lancee 1910, p. 410.

28 Van Renesse 1886, p. 32-34.

2.3.5 *Lager-onderwijswet 1878 en Lager-onderwijswet 1889 (Wet Mackay)*

A. Oprichting en bestuur als doorslaggevend criterium voor onderscheid openbaar en bijzonder onderwijs

De Eerste Schoolstrijd vond zijn hoogtepunt in de Lager-onderwijswet 1878, het daaropvolgende volkspetitionnement van Kuypers en de Lager-onderwijswet 1889. In de Lager-onderwijswet van 1878 besloot de wetgever tot een verruiming van de financiële middelen beschikbaar voor alleen het openbaar onderwijs. Dit had een kwaliteitsimpuls tot gevolg van het openbaar onderwijs maar ook een verslechtering van de concurrentiepositie van het bijzonder onderwijs.²⁹ De in 1857 gemaakte keuze om het oprichten en onderhouden als doorslaggevend criterium te hanteren voor het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs werd in de Lager-onderwijswet 1878 tijdelijk verlaten (“Lagere scholen, waarvan de kosten geheel of gedeeltelijk door de gemeenten of het Rijk worden gedragen, zijn openbare, alle andere zijn bijzondere scholen”) maar keerde 11 jaar later alsnog terug in de Lager-onderwijswet 1889. Hierdoor werd de financiële positie van onderwijzers verbeterd en kreeg het bijzonder onderwijs een gelijkwaardiger positie.

Artikel 3 lid 1 Lager-onderwijswet 1889 verwoordde het onderscheid tussen openbare en bijzondere scholen aldus: “De lagere scholen opgericht en onderhouden door het Rijk of de gemeenten zijn openbare, de overige zijn bijzondere scholen.” Het begrip ‘onderhouden’ hield vooral een besturen en beheren in. Vanaf 1889 en tot de introductie van de samenwerkingsstichting en stichting voor openbaar onderwijs in 1997 en 1998 bleef deze hoofdregel, inhoudende dat een openbare school werd bestuurd door de overheid, in stand. De niet door de overheid bestuurde scholen waren bijzonder.

B. Voorschriften bestuurlijke organisatie als voorwaarde voor bekostiging

Voor de bestuurlijke organisatie van zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs interessant was de koppeling in de Lager-onderwijswet 1889 tussen het recht op bekostiging en enkele op de bestuurlijke organisatie van het onderwijs gerichte voorwaarden. Voor het openbaar onderwijs waren enkele van deze voorwaarden reeds geïntroduceerd in de Lager-onderwijswet 1878.

Hoofd der school

De eerste voorwaarde was dat elke publiek bekostigde school, openbaar of bijzonder, een “hoofd der school” moest hebben die aan het “hoofd van” de school is “geplaatst” (artikel

29 Boekholt & De Booy 1987, p. 152. Een financieel staatje bevestigt dit. Door de financiële impuls van 1857 stegen de totale kosten van de overheid van ongeveer 1 miljoen gulden in 1857 naar circa 16 miljoen gulden in 1878. Na de invoering van de Lager-onderwijswet 1878 daalde dit bedrag naar circa 11,5 miljoen om kort na de invoering van de Lager-onderwijswet 1889 snel te stijgen naar 18 miljoen gulden.

23 en 24 Lager-onderwijswet 1878, alsmede artikel 54bis lid 1 onder 4 Lager-onderwijswet 1889). Bovendien werd de praktijk bevestigd dat een onderwijzer die aan hoofd van een openbare school was geplaatst aan het hoofd van meerdere openbare scholen kon worden geplaatst (artikel 28 Lager-onderwijswet 1878 en artikel 28 Lager-onderwijswet 1889). Er mag van worden uitgegaan dat deze mogelijkheid ook voor het bijzonder onderwijs gold, nu dit niet als uitsluitingsgrond werd genoemd. Artikel 54 Lager-onderwijswet 1878 bepaalde dat de “onderwijzer die de lessen der school bestuurt, wordt geacht aan haar hoofd te staan”. De formuleringen duiden erop dat het hoofd geacht werd leiding te geven op de school en verantwoordelijkheid te dragen voor dagelijkse leiding en de taakverdeling op de school.

Verplichting tot bijstaan

De tweede voorwaarde was dat het hoofd der school van elke publiek bekostigde school zich moest laten bijstaan door een onderwijzer als sprake was van meer dan 40 leerlingen (artikel 24 Lager-onderwijswet 1878 en artikel 54bis Lager-onderwijswet 1878). Het aantal onderwijzers dat het hoofd der school verplicht moest bijstaan, steeg met het aantal leerlingen. Deze verplichting tot bijstaan hield voor grotere scholen in dat van hen werd verlangd dat zij – hoe summier soms ook – intern taken moesten verdelen. Deze bepaling gold ook voor het bijzonder onderwijs.

Benoeming hoofd en onderwijzers

Bij openbare scholen bleef de gemeenteraad het hoofd der school benoemen, schorsen en ontslaan. Dit geschiedde op gezamenlijke voordracht van het college van burgemeester en wethouders en de lokale schoolopziener. De overige onderwijzers bij de openbare school werden benoemd door de gemeenteraad, maar wel na “ingewonnen berigt van het hoofd der school” (artikel 28 Lager-onderwijswet 1878 en artikel 28 Lager-onderwijswet 1889).

Voor het bijzonder onderwijs regelden de lager-onderwijswetten niet de wijze van benoeming van onderwijzers in het bijzonder onderwijs. Die regeling werd overgelaten aan het bestuur van de rechtspersoon. Wel bleef de voorwaarde van bekwaamheid en zedelijkheid van kracht (artikel 6 en artikel 51 Lager-onderwijswet 1878).

C. Rechtspersoonlijkheid als extra bekostigingsvoorwaarde voor het bijzonder onderwijs

Van grote betekenis voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en de juridische positie van de bestuurder, was de voor het eerst in de Lager-onderwijswet 1889 opgenomen voorwaarde voor het bijzonder onderwijs van rechtspersoonlijkheid en verbod op winst-oogmerk. We treffen deze twee nieuwe bekostigingsvoorwaarden aan in artikel 54bis lid 1 Lager-onderwijswet 1889.

Artikel 54bis Lager-onderwijswet 1889

“1. Door het Rijk wordt over elk dienstjaar aan de besturen der bijzondere lagere scholen eene bijdrage verleend volgens denzelfden maatstaf als bij art. 45 sub 1°. aan de gemeente ten behoeve der openbare lagere school wordt toegekend, mits:

1°. de school staat onder het bestuur van eene instelling of vereeniging die rechtspersoonlijkheid bezit;

(...).

2. Voor die bijdrage komen niet in aanmerking de bijzondere scholen:

(...);

d. waarvan blijkt dat zij gehouden worden als winstgevend bedrijf. (...)”

Beide bekostigingsvoorwaarden werden gemotiveerd met de opmerking “dat er een waarborg zij dat ’s lands geld tot het doel waartoe het gegeven wordt, bevordering van degelijk onderwijs, worde besteed”.³⁰ Minister Mackay merkte hierover op: “Deze eischen laten de vrijheid van onderwijs, in gezonden zin opgevat, volkomen ongeschonden.”³¹ Uit de nadere wetsgeschiedenis blijkt van een weloverwogen keuze voor rechtspersoonlijkheid als bekostigingsvoorwaarde en men lijkt zich er terdege van bewust te zijn geweest dat niet alle bijzondere scholen aan deze voorwaarde voldeden.³² Belangrijk neveneffect van beide bekostigingsvoorwaarden was wel dat het zelfstandig ondernemerschap van onderwijzers sterk beperkt werd. Immers, zij sloten de mogelijkheid van bekostiging van overheidswege voor onderwijzers die vrij gevestigd waren uit. De onderwijzer als vrijgevestigd ondernemer had hierdoor vanaf 1889 een duidelijk financiële achterstand ten opzichte van het openbaar onderwijs en collectieven voor bijzonder onderwijs.

In de Tweede Kamer leidden de nieuwe bekostigingsvoorwaarden tot weinig opmerkingen. Wel kwam de vraag of er niet nog strengere eisen konden worden gesteld aan de besturen van de bijzondere scholen.³³ Mackay was van strengere voorwaarden echter geen voorstander. Hij meende dat de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs voldoende werd geborgd door de toezichthoudende rol van de bestuurders.

30 *Kamerstukken II 1888/89, 89, nr. 3, p. 5.*

31 *Kamerstukken II 1888/89, 89, nr. 3, p. 5.*

32 *Kamerstukken II 1888/89, 89, nr. 3, p. 12.*

33 *Kamerstukken II 1888/89, 89, nr. 10, p. 33:* “Veel leden verklaarden tot het toestaan van subsidiën aan het bijzonder onderwijs slechts dan te willen medewerken, indien voor de deugdelijkheid van dat onderwijs behoorlijke waarborgen werden gegeven. Zij vereenigden zich met hetgeen ten deze door de Regeering zelve was verklaard op bladz. 3 der Memorie van Toelichting: «Gevergd mag worden, dat er een waarborg zij, dat ’s lands geld tot het doel, waartoe het gegeven wordt, bevordering van degelijk onderwijs, worde besteed.” Zal die waarborg bij aanneming van dit wetsontwerp inderdaad verkregen worden? Het werd op verschillende gronden ontkend. De Regeering zoekt de deugdelijkheid van het onderwijs te verzekeren: 1°. door de rechtspersoonlijkheid van de vereeniging of instelling, die het onderwijs doet geven, te eischen.”

“Door den eisch dat de school sta onder het bestuur eener vereeniging of instelling die rechtspersoonlijkheid bezit, zal een nauwlettend toezicht op de school worden gehouden door personen wier doel is, degelijk onderwijs te doen geven, aan wie het onderwijzend personeel ondergeschikt is en die voorts tegenover de ouders der kinderen verantwoordelijk zijn.”³⁴

Bij nadere lezing van de precieze formulering vallen voor de fijnproever drie zaken op.

“De school staat onder bestuur van”

Mackay koos in 1889 voor de zinsnede “de school staat onder bestuur van”. Dit verleidde enkele Kamerleden tot de vraag of eigenlijk niet moest worden gesproken over een ‘eigendom’ van een school. Hierop reageerde Mackay dat een beperking van de bijdrage tot die scholen waarvan het gebouw eigendom van de rechtspersonen zou zijn, het wetsontwerp niet volledig zou doen beantwoorden aan het doel, zijnde het verlenen van steun aan alle bijzondere scholen die niet als bedrijf werden gehouden.³⁵ Deze beantwoording duidt erop dat het begrip school niet alleen zag op het gebouw maar ook op de school als gemeenschap.³⁶

Instelling

De onderwijswetgever koos in artikel 54bis lid 1 onder 1 Lager-onderwijswet 1889 voor een “instelling” die de school bestuurt. In artikel 3 van Reglement bij de Schoolwet 1806 werd nog gesproken van een behoren tot een “Gesticht”. Het hier gehanteerde begrip instelling ziet op de rechtspersoon en niet op de school als onderwijsinstelling. Gestichten of instellingen zouden later worden aangeduid als stichtingen, in elk geval vanaf de Wet op de stichtingen 1956.

Motivering verbod op winstoogmerk

Het waarom van het uitsluiten van houders van een school als winstgevend bedrijf, is niet eenvoudig te beantwoorden. In de memorie van toelichting treffen we hierover de volgende overweging aan: “dat er een waarborg zij dat ’s lands geld tot het doel waartoe het gegeven wordt, bevordering van degelijk onderwijs, worde besteed”.³⁷ Deze motivering is echter voor meerdere uitleg vatbaar. Allereerst is denkbaar dat hiermee werd bedoeld dat publiek geld überhaupt niet mocht weglekken naar houders van een school. De opmerking kan daarentegen ook een uitdrukking zijn van de zorg dat een houder van een school als

34 *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 10, p. 35.

35 *Kamerstukken II 1888/89*, nr. 10, p. 35.

36 *Kamerstukken II 1888/89*, nr. 10, p. 33 en artikel 25 litt. d 1°. bovendien, Indien de eigendommen aan verenigingen, welke als regtspersoon erkend zijn (Wet van 30 december 1887, Stb.1987, 287).

37 *Kamerstukken II 1888/89*, 89, nr. 3, p. 5.

winstgevend bedrijf minder geneigd zou zijn het belang van deugdelijk onderwijs voorop te stellen en dat daarom een bestuur nodig was dat toezicht hield op de betreffende onderwijzer. Grond voor deze tweede uitleg is terug te vinden in voormelde toelichting nu deze spreekt over het belang van toezicht op de school en de onderwijzers.³⁸

2.3.6 *Stand van zaken eind negentiende eeuw*

In de negentiende eeuw worden ten aanzien van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs vier relevante keuzes gemaakt. De eerste is dat het geven van onderwijs vrij wordt gegeven onder bij wet regelen voorwaarden die uiteindelijk vooral zien op de bekwaamheid. De tweede keuze is het onderscheid tussen het openbaar onderwijs dat wordt bestuurd en beheerd door de overheid en het bijzonder onderwijs dat wordt verzorgd op scholen in stand gehouden door (collectieven van) particulieren. Een derde keuze is dat de overheid vanuit zijn aanhoudende zorg voor het onderwijs fors gaat investeren in het onderwijs door de leraren te betalen en te investeren in nieuwe schoolgebouwen. Gevolg hiervan is dat er meer en grotere scholen tot stand komen. Tot slot werd afscheid genomen van de onderwijzer als vrijgevestigd ondernemer. Vanaf 1889 worden scholen, althans degene die (deels) bekostigd worden, in stand gehouden door de overheid of door het bestuur van stichtingen en verenigingen die niet het maken van winst beogen.

Deze vier keuzes maken duidelijk dat een school vanaf het einde van deze eeuw definitief een organisatie is waar onderwijs wordt gegeven en waar onderwijzers worden aangesteld of benoemd door personen wier hoofdfunctie niet is het (doen) geven van onderwijs. Het hoofd van een grotere school stuurt het onderwijsgevend personeel aan en is belast met de dagelijkse leiding van de school. Bij meerdere scholen kan deze persoon leiding geven aan meerdere scholen. Vooral bij het openbaar onderwijs in de grotere gemeenten komen de eerste complexe onderwijsorganisaties tot stand.

38 *Kamerstukken II 1888/89, 89, nr. 10, p. 35.*

2.4 DE KIEM GELEGD VOOR DE FORMING VAN COMPLEXE ONDERWIJSORGANISATIES (1917-1968)

2.4.1 *Artikel 192 Grondwet 1917: het einde van de Tweede Schoolstrijd*

A. Pacificatie en wettelijke deugdelijkheidseisen

Niet elke school werd aan het einde van de negentiende eeuw in gelijke mate uit de schatkist betaald. Daarover ging de Tweede Schoolstrijd. De Wet Mackay van 1889 bevestigde weliswaar de mogelijkheid van bekostiging door de overheid van het bijzonder onderwijs, maar van een volledige financiële gelijkstelling was geen sprake. Dit leidde tot een langdurige politieke strijd tussen liberalen enerzijds en confessionelen anderzijds. Over de financiële gelijkstelling van het openbaar en bijzonder onderwijs en de pacificatie is veelvuldig geschreven, net als over uitleg en interpretatie van artikel 192 Grondwet 1917, het huidige artikel 23 Grondwet.³⁹ De aanvaarding van artikel 192 Grondwet 1917 markeerde het einde van de Tweede Schoolstrijd. De financiële gelijkstelling die daarvan het gevolg was werd in de jaren na 1917 uitgewerkt in nadere wet- en regelgeving, waarvan de Lager-onderwijs-wet 1920 voor het funderend onderwijs de belangrijkste was.

Onderwijs als Staatstaak

Op 31 december 1914 werd de Staatscommissie Bos ingesteld die een antwoord moest formuleren op een eerdere vraag van premier Cort Van der Linden in 1913 om: “wettelijke, zoonodig ook grondwettelijke, voorschriften te ontwerpen, ten aanzien van de voorziening in de kosten zoowel van het bijzonder als het openbaar onderwijs, waardoor ook bij verscheidenheid van opvoedkundig inzicht een krachtige vooruitgang van het onderwijs in zijn geheel wordt gewaarborgd”.⁴⁰ De opdracht aan de Staatscommissie Bos werd later iets anders geformuleerd: “de opdracht aan de staatscommissie luidde, dat zij zou moeten ontwerpen wettelijke voorschriften ten aanzien van de voorziening in de kosten van het openbaar en bijzonder onderwijs, waardoor de deugdelijkheid en de krachtige vooruitgang van het onderwijs der jeugd zou werden verzekerd, met behoud van de opvoedkundige zelfstandigheid van het bijzonder onderwijs.”⁴¹

De Staatscommissie Bos stelde uiteindelijk in 1916 voor een nieuw lid 6 (later lid 7) in te voegen in artikel 192 Grondwet inhoudende dat het bijzonder onderwijs, dat aan de bij

39 Zie o.a. Mentink 1989, p. 45-78, Den Hertog 2007, Vermeulen 1999, Mentink 1996, p. 25-28 en Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014.

40 Cort van der Linden aan De Savornin Lohman, 31 oktober 1913, Nationaal Archief: Archief De Savornin Lohman, inv. nr. 290.

41 *Handelingen II* 1916/17, 36, p. 783.

de wet te stellen voorwaarden voldoet, naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas werd bekostigd en dat de wet daartoe de voorwaarden moest vaststellen.⁴² De Staatscommissie Bos maakte hiermee de keuze om het verschaffen van zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs als een 'Staatstaak' te benoemen. Deze keuze werd door premier Cort van der Linden in zijn Memorie van Antwoord overgenomen en gestut met de opmerking dat de vervulling van deze Staatstaak niet geheel afhankelijk mocht zijn van particulier initiatief. Dat was volgens hem een voldoende reden om het openbaar en het bijzonder onderwijs financieel gelijk te stellen.

“De wensch van sommige voorstanders van het bijzonder onderwijs dat, in overeenstemming met het voorstel van het Ministerie Heemskerk, in de Grondwet zal worden uitgedrukt dat het bijzonder onderwijs regel, het openbaar onderwijs aanvulling moet zijn, komt voort, naar het den ondergeteekende toeschijnt, uit eene onjuiste opvatting van de Staatstaak. De Overheid die zich ten taak stelt voor alle burgers gelegenheid tot schoolonderwijs te verschaffen, mag de vervulling van die taak niet afhankelijk stellen van het ontbreken van particulier initiatief. Onderwijs is niet eene zaak waarvan het belang door het particulier initiatief moet blijken, maar het is uit zich zelf een publiek belang. De Overheid heeft dat belang derhalve geheel zelfstandig te behartigen. Voorkeur voor de bijzondere school mag geen motief zijn om der Overheid haar taak voor te schrijven. Het eenige wat voorstanders van het bijzonder onderwijs redelijkerwijze mogen eischen is onbelemmerde vrijheid om hun kinderen het onderwijs te geven dat zij verlangen. Zij mogen niet vergeten dat zij niet strijden tegen de Overheid, maar tegen het monopolie der neutraliteit. Onjuist is aan den anderen kant de bedenking van eenige voorstanders van het openbaar onderwijs, dat de gelijkstelling aan het bijzonder onderwijs een voorsprong verschaft, omdat de offervaardigheid, die den mensch eigen is, bij voortduring werkzaam zal blijven ten behoeve van het bijzonder onderwijs, terwijl zij zich ten behoeve van openbare scholen niet uiten kan.”⁴³

De tekstvoorstellen van de Staatscommissie Bos werden uiteindelijk niet in zijn geheel overgenomen. De belangrijkste wijziging betrof de invoeging van een extra lid dat zag op de mogelijkheid om bij wet eisen van deugdelijkheid te stellen die voor al het uit de openbare kas bekostigde onderwijs kunnen gelden. Cort van der Linden beschouwde het als een taak van de Staat om als verstrekker of financier van het onderwijs, de deugdelijkheid van

42 Staatscommissie Bos, *Eindverslag* 1916.

43 *Aanhangsel Handelingen II* 1915/16, br. 359.5, p. 14.

al het onderwijs te waarborgen. Hij lichtte dat – mede om reden van het aanwezige wantrouwen bij vooral de confessionelen – in twee instanties als volgt toe.

“De Staat, onderwijs verstreckende of bekostigende, noemt daarmede de verplichting op zich de deugdelijkheid van dat onderwijs te waarborgen. (...) Doch zij die de vrijheid van onderwijs willen eerbiedigen moeten niet verlangen dat die vrijheid door middel van deugdelijkheidseischen wordt ondermijnd.”⁴⁴

“Daarom acht ik het niet alleen van belang, maar ook een plicht der Overheid om waarborgen te stellen, dat inderdaad het peil van het onderwijs hoog genoeg is. Het voorgestelde artikel eischt dan ook terecht die waarborgen. Maar nu wensch ik er op te wijzen, dat de twee grootste waarborgen, die de Grondwet kan geven, zijn het toezicht der Overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid der onderwijzers. Daarin, en niet in de speciale voorschriften liggen de grootste waarborgen der deugdelijkheid, want met bekwaame onderwijzers en een goed toezicht is het moeilijk om slecht onderwijs te geven, even moeilijk bijna als om goed onderwijs te geven met slecht toezicht en slechte onderwijzers.”⁴⁵

Het uiteindelijke artikel 192 Grondwet 1917 is qua opbouw schatplichtig aan artikel 194 Grondwet 1848. Het eerste lid werd aangescherpt met de opmerking dat al het onderwijs, dus ook het bijzondere onderwijs, werd aangemerkt als voorwerp van de aanhoudende zorg van de Regering. In het vierde lid werd de verantwoordelijkheid van de overheid om in elk geval te voorzien in voldoende openbaar onderwijs herschreven. Nieuw waren de leden vijf tot en met zeven. Deze nieuwe leden regelden de financiële gelijkstelling (lid 7) onder voorwaarde van gelijkwaardige deugdelijkheid van het onderwijs (lid 6) en de regeling van de deugdelijkheidseisen bij wet (lid 5).

Artikel 192 Grondwet 1917

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regeering.
2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht der Overheid, en bovendien, voor zoover het algemeen vormend zoowel lager als middelbaar onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van den onderwijzer, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, bij de wet geregeld.

44 *Aanhangsel Handelingen II* 1915/16, br. 359.5, p. 15.

45 *Handelingen II* 1916/17, 19, p. 377-378.

4. In elke gemeente wordt van Overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zoodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven.
5. De eischen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten deele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zoover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.
6. Deze eischen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zoodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.
7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar denzelfden maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hooger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.
8. De Koning doet jaarlijks van den staat van het onderwijs aan de Staten-Generaal verslag geven.

Aanhoudende zorg van de overheid

De grondwetgever bevestigde met artikel 192 Grondwet 1917 dat niet alleen het openbaar onderwijs dat was opgericht of werd bestuurd en beheerd door de overheid een voorwerp was van de aanhoudende zorg van de overheid, maar alle onderwijs. Deze Staatstaak leeft tot op de dag van vandaag voort. De aanhoudende zorg van de overheid geldt ongeacht de vraag wie de school opricht, bestuurt of beheert (vrijheid van stichting), de richting van het onderwijs (vrijheid van richting) en de wijze van inrichting van de school, inclusief de inhoud en de organisatie van het onderwijs en de instelling (vrijheid van inrichting). Ter waarborging van de kwaliteit was het geven van onderwijs vrij behoudens het toezicht door de overheid en de bij wet te regelen deugdelijkheidseisen.

De bepaling van artikel 192 lid 1 Grondwet 1917 dat zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs een voorwerp is van de aanhoudende zorg van de regering, impliceert zowel een recht en bevoegdheid van de Staat om te voorzien in een stelsel van onderwijsvoorzieningen als het recht van burgers op onderwijs als sociaal grondrecht. Deze dubbele betekenis van de ‘aanhoudende zorg’ is ook terug te lezen in de toelichting van Cort van der Linden: “Ik heb het gezegd en uitgesproken, dat het de eerste taak der Overheid is om licht te ver-

spreiden, om te zorgen, dat de kinderen van het volk worden opgeleid tot mensen, in staat om hun weg te vinden in den strijd des levens.”⁴⁶

Anders dan veel klassieke en sociale grondrechten heeft artikel 192 Grondwet 1917 ook een institutioneel en bestuurlijk organisatorisch karakter. Het geeft de bevoegdheid van de centrale overheid weer om taken en bevoegdheden uit te oefenen op het terrein van het onderwijs. De centrale overheid kan toezicht houden op al het onderwijs, kan bij wet bekwaamheids- en zedelijkheidseisen stellen en kan de eisen aan de deugdelijkheid wettelijk regelen. Dit volgt uit de leden 2, 5 en 6 artikel 192 Grondwet 1917.

De wijze waarop, hoe en met welke middelen de centrale overheid aan de aanhoudende zorg van het onderwijs invulling dient te geven, wordt in beginsel overgelaten aan de centrale overheid. Die heeft veel ruimte, met dien verstande dat het geven van onderwijs vrij is (lid 2), het openbaar onderwijs als een door de gemeenten te organiseren algemene voorziening is benoemd (lid 4) en het openbaar en bijzonder onderwijs naar dezelfde maatstaf dient te worden bekostigd (artikel 7).

Interpretatiemethode is aan het verschuiven

Het enkele feit dat de totstandkoming van artikel 192 Grondwet 1917 werd beschouwd als het einde van de Tweede Schoolstrijd, pleit ervoor dat de centrale overheid en de wetgever de eigen bevoegdheden beperkt dienen op te vatten en de aan zichzelf opgelegde beperkingen die de vrijheid van onderwijs beschermen ruim behoren uit te leggen. Ook premier Cort van der Linden lijkt bij de behandeling van artikel 192 Grondwet 1917 op te roepen tot een dergelijke historische interpretatiemethode.

“Men heeft daarna in het grondwetsartikel de beginselen geformuleerd die tot een *modus vivendi* zouden kunnen leiden.

Nu zou ik meenen, dat indien dit grondwetsartikel zal zijn aangenomen, de wetgever zeer zeker niet gehouden is aan de wetsvoorstellen, zooals zij door de staatscommissie zijn ontworpen, maar wel dat de wetgever gehouden zal zijn dat grondwetsartikel in dienzelfden geest uit te voeren.

Ik zou meenen, dat dit niet alleen de houding moet zijn van hen die van ganser harte tot de pacificatie — zooals men het genoemd heeft — hebben medegewerkt, maar ook van hen die aanvankelijk bezwaar hadden dien weg te betreden.

Men mag verwachten, dat de staatslieden over en weer, is eenmaal het beginsel vastgesteld, als loyale mensen niet alleen de letter der Grondwet zullen eerbiedigen, maar ook haar geest zullen behartigen. Men mag verwachten, dat de

46 *Handelingen II* 1916/17, 19, p. 333.

staatslieden die tot die uitvoering zullen zijn geroepen, er naar zullen streven een *modus vivendi* te vinden, ik zeg niet dezelfde als de staatscommissie heeft voorgesteld, maar toch in den geest van die welke is de staat.”⁴⁷

Vanaf vooral het begin van deze eeuw is de dominantie van de historische interpretatiemethode verschoven naar een meer maatschappelijke uitleg, met de opmerkingen van de regering in 2009 bij de behandeling van de aanwijzingsbevoegdheid en het advies van de Onderwijsraad uit 2012 als contrapunt.⁴⁸ In 2013 werd door minister Van Bijsterveldt bovendien opgemerkt dat onderwijs niet alleen een aanhoudende zorg is van de regering, maar dat de verantwoordelijkheid van de overheid voor het onderwijs ook volgt uit het internationale recht. Zij wees er bovendien op dat het ministerie en de bewindspersoon de rol van stelselverantwoordelijke vervullen en (in uitzonderlijke gevallen) ook de zorg hebben voor de continuïteit van het onderwijs voor leerlingen. De minister van OCW wenste daarom “daar waar nodig en wenselijk” het beleid daarop bij te kunnen stellen.⁴⁹ Zie verder Hoofdstuk 1 over de methoden voor interpretatie van het huidige artikel 23 Grondwet.

B. Drie deelvrijheden

Het geven van onderwijs is vrij aldus artikel 192 Grondwet 1917 en het huidige artikel 23 Grondwet. Opgemerkt kan worden dat deze vrijheid wordt onderscheiden in drie deelvrijheden: (1) de vrijheid van oprichting of stichting, (2) de vrijheid van richting en (3) de vrijheid van inrichting. Ter inleiding op het thema van dit onderzoek, worden deze drie deelvrijheden hierna kort vanuit historisch perspectief gezien. Over en weer hebben ze zekere raakvlakken.

Vrijheid van oprichting en stichting

De formulering van artikel 192 lid 2 Grondwet 1917 brengt allereerst mee dat het een ieder vrij staat onderwijs te geven, een bijzondere school op te richten of te stichten. Dit uitgangspunt wordt ook bevestigd in diverse jurisprudentie.⁵⁰ Deze enkele vrijheid als zodanig leidt niet ook tot een automatisch recht op bekostiging. Uit artikel 192 lid 7 Grondwet ontleent de wetgever de bevoegdheid om voorwaarden te stellen aan de bekostiging van op te richten en te stichten openbare en bijzondere scholen die zien op de planning van de voorzieningen.

47 *Handelingen II* 1916/17, 19, p. 375.

48 Onderwijsraad 2012.

49 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 6, p. 3 en p. 5.

50 Zie voor een overzicht Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014, p. 8-9.

Reeds de Staatscommissie Bos meende dat – in elk geval voor wat het lager onderwijs betreft – het nieuwe stelsel van subsidie van onderwijsvoorzieningen erin moest voorzien dat een dam kon worden opgeworpen tegen het met overheidsgeld in het leven roepen en houden van te kleine of niet levensvatbare en dus onnodige scholen.⁵¹ Het stelsel van voorzieningenplanning werd verder uitgewerkt in de Lager-onderwijswet 1920 en alle onderwijswetgeving nadien. Lange tijd is hierbij een plannings- en berekeningssystematiek gehanteerd, die de hoogte van minimumnormen afhankelijk stelde van de richting van het voorgenomen onderwijs. Meer recentelijk wordt er voor gepleit om uit te gaan van een richtingvrije planning met zowel kwantitatieve als kwalitatieve maatstaven.⁵²

Vrijheid van richting

Vanuit vooral confessioneel oogpunt is de vrijheid van richting de kern van artikel 23 Grondwet. Algemeen aangenomen en meermaals door de wetgever en de jurisprudentie bevestigd, omvat de vrijheid van richting in elk geval de vrijheid om in het bijzonder onderwijs uitdrukking te geven aan ‘een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing’. In het zesde lid van artikel 192 Grondwet 1917 wordt gesproken over de vrijheid om leermiddelen te kiezen en docenten aan te stellen.

Mentink, Vermeulen en Zoontjens menen dat de precieze omvang van de vrijheid van richting reeds vanaf 1917 onduidelijk is en dan vooral zover het betreft de vraag of en in hoeverre het meer is dan confessioneel onderwijs en levensbeschouwing.⁵³ Die onduidelijkheid is voor een deel ook de bedoeling geweest van de grondwetgever.

“Tussen confessioneel onderwijs en ander bijzonder onderwijs wordt, zoals sommige leden wenschen te constateren, inderdaad door de Grondwet geen onderscheid gemaakt.”⁵⁴

“Want het bijzonder onderwijs is niet alleen het confessioneel onderwijs; de vrijheid die de Grondwet waarborgt komt niet alleen de confessionele school ten goede, het is een waarborg voor iedere richting en iedere levensbeschouwing. Maar het is nog meer dan dat. Die vrijheid van onderwijs opent den weg voor nieuwe paedagogische proefnemingen, voor proefnemingen van nieuwe pae-

51 *Aanhangsel Handelingen II* 1915/16, p. 2 (Nota bij Verslag Eerste Subcommissie, via Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, Grondwetscommissies 1883-1983, te raadplegen via www.historici.nl).

52 *Vrijheid van stichting* 2011, Onderwijsraad 2012b, Onderwijsraad 1996b; *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164 en *Kamerstukken II* 2014/15, 31135 nr. 53 (Nota Meer ruimte voor nieuwe scholen: naar een moderne interpretatie van artikel 23).

53 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014, p. 10.

54 *Aanhangsel Handelingen II* 1915/16, br. 359.5, p. 17.

dagogische denkbeelden. Het is een correctief voor het conservatisme, dat iedere overheidszorg van nature eigen is. Wanneer men zich vastklampt aan het denkbeeld van gelijkheid van eischen, belemmert men de ontwikkeling van nieuwe gedachten en kan men evenzeer schaden het openbaar als het bijzonder onderwijs.”⁵⁵

Akkermans concludeerde op basis van zijn analyse van de beraadslagingen nog anders met de opmerking “richting heeft betrekking op geloof” en hij meende dat de aandacht voor de niet-confessiegebonden richtingen vooral een gevolg was “van over-accentuering, in de schoolstrijd, van de confessionele richtingen”.⁵⁶ Zijlstra stond een iets ruimere opvatting voor en meende uit de stukken van de Staatscommissie Bos en de discussie van de grondwetgever in 1916 en 1917 op te maken dat richting gelijk staat aan zowel godsdienst als levensbeschouwing en dat de vrijheid van richting, de vrijheid is deze eigen voorkeuren in het onderwijs tot uitdrukking te laten komen.⁵⁷ Dat suggereert dat richting meer is dan alleen geloof, godsdienst of levensbeschouwing; en daarmee vanuit zijn aard neutraal is.

Vrijheid van inrichting

De vrijheid van inrichting is nauw verwant met de vrijheid van richting. Mentink, Vermeulen en Zoontjens merken op dat het beginsel van de vrijheid van richting zich uitstrekt tot zowel de bestuurlijke, inhoudelijke als de organisatorische aspecten van de schoolinrichting, inclusief de inzet van financiële, materiële en personele middelen.⁵⁸ Ook de Onderwijsraad pleit de laatste jaren voor meer aandacht voor wat kan worden aangeduid als “opvoedkundige zelfstandigheid” en het “centraal” stellen van “de rechten van onderwijsvragers (ouders, studenten en leerlingen)”.⁵⁹

De vrijheid van inrichting is overigens mede de uitkomst van de vrijheid van oprichting en de daarmee samenhangende rechtspersonenrechtelijke en bestuurlijke autonomie. De vrijheid van inrichting van het onderwijs voor zover deze verband houdt met de vrijheid van richting brengt niet alleen mee dat degene die onderwijs geeft vrij is het onderwijs naar eigen inzicht in te richten. Diegene is ook – binnen de wettelijke kaders – vrij in zijn keuze van het onderwijsprogramma, het beleid, de leermiddelen, het werven en benoemen van personeel en de bestuurlijke inrichting van de eigen organisatie.

55 *Handelingen II* 1916/17, 19, p. 378.

56 Akkermans 1983, p. 44.

57 Zijlstra 1989, p. 25.

58 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014, p. 10.

59 Onderwijsraad 2012, p. 39 en 40.

De concepttekst van artikel 192 Grondwet 1917 hanteerde het begrip “inrichting” niet. De inrichtingsvrijheid moet dan ook worden begrepen uit de gemaakte keuze voor formulering van artikel 192 lid 5 Grondwet 1917 dat op de deugdelijkheidseisen ziet en de wetsgeschiedenis. In de laatste fase van de behandeling van het wetsvoorstel dienden de Kamerleden Eerdmans en De Muralt een amendement in dat er in moest voorzien dat het bijzonder onderwijs moest voldoen “aan de eischen van deugdelijkheid en inrichting, voor het openbaar onderwijs in de wet gesteld”.⁶⁰ Na een voorzet van het kamerlid Nolens, deed Cort van der Linden met voorbijgaan aan het begrip inrichting, het voorstel om aan het artikellid inzake de deugdelijkheidseisen een extra volzin toe te voegen die duidelijk moest maken dat bij de wettelijke regeling van de deugdelijkheidseisen de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en het aanstellen der onderwijzers moest worden geëerbiedigd.⁶¹ Deze toevoeging en de bijbehorende motivatie maakt de verwantschap tussen de vrijheid van het onderwijs en de bijbehorende inrichting goed inzichtelijk.⁶²

Zoals hiervoor in hoofdstuk 1 gemeld, strekt de vrijheid van inrichting zich ook uit tot de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en kan ook het openbaar onderwijs op de bijbehorende ongeschreven regel van pedagogische autonomie een beroep doen. De vrijheid van inrichting is dan ook niet exclusief voor het bijzonder onderwijs. Zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs wordt een zekere autonomie ten aanzien van de inrichting van het onderwijs en de eigen bestuurlijke organisatie toegedicht. Zie verder Hoofdstuk 1 en Hoofdstuk 9.

2.4.2 *Lager-onderwijswet 1920*

A. Inrichting bestuurlijke organisatie

Onverminderd alle aandacht voor de vrijheid van onderwijs en de bijbehorende deelvrijheden, bleef de onderwijswetgever van 1920 bij de in 1889 gemaakte keuze voor de oprichtingshandeling en het beheer als doorslaggevend onderscheid tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs. De scholen opgericht en onderhouden door de overheid zijn openbaar en alle overige scholen zijn bijzonder (artikel 5 lid 1 Lager-onderwijswet 1920).

60 *Handelingen II* 1915/16, 29, p. 606 en *Handelingen II* 1915/16, 31, p. 667.

61 *Handelingen II* 1915/16, 31, p. 667.

62 *Handelingen II* 1915/16, 31, p. 667: “Dus terwijl „gelijke eischen” nog een zekere speling laten zou, ontnemt het amendement, zooals het daar ligt, aan den wetgever iedere vrijheid, en tast onmiddellijk en direct de vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs aan. (...) De beide hoofdpunten van de vrijheid van het bijzonder onderwijs worden daartoe geheel en al aan het oordeel van den wetgever onttrokken.”

Het uitgangspunt was voorts dat in elke gemeente sprake was van openbaar onderwijs en dat waar dat niet mogelijk was een gemeenschappelijke regeling tussen de gemeenten werd getroffen (artikel 19 Lager-onderwijswet 1920). Voor wat betreft het bijzonder onderwijs gold dat de in 1889 gemaakte keuze voor een verbodsbepaling in plaats van een voorafgaand vergunningsvereiste werd voortgezet. Artikel 129 Lager-onderwijswet 1920 bepaalde dat niemand lager onderwijs mocht geven, die niet in het bezit was van de door de onderwijs-wetgeving gevorderde bewijzen van bekwaamheid en zedelijkheid.

De Lager-onderwijswet 1920 werkte de voorwaarden waaronder het openbaar en het bijzonder onderwijs voor bekostiging in aanmerking kwam nader uit. Naast elementen met betrekking tot de organisatorische inrichting en de al in 1889 gehanteerde voorwaarden van rechtspersoonlijkheid en verbod op winstoogmerk, bevatte de Lager-onderwijswet 1920 nu ook zogeheten stichtingsnormen. Deze normen waren relevant voor het aanspraak kunnen maken op (vergoeding van) de huisvesting. Deze stichtingsnormen waren een uitwerking van het eerdere advies van de Staatscommissie Bos, en dan in het bijzonder van de subcommissie financiën. Deze Staatscommissie Bos had in 1916 een conceptwetsvoorstel opgesteld, welke erin voorzag dat de stichting van te kleine of niet werkelijk nodige scholen moest worden voorkomen door van het “van het adresseerend bestuur in tweeërlei opzicht waarborgen” te verlangen opdat de bekostigingsaanvraag “niet lichtvaardig” kon worden gedaan. Allereerst moest het bestuur door handtekeningen van ouders of op andere wijze aantonen dat de bijzondere school waarvoor men een gebouw verlangde tenminste het in de wet aangegeven getal leerlingen zou tellen (minimaal 40 voor kleinere gemeenten). Ten tweede diende het schoolbestuur een waarborgsom in de gemeentekas te storten.⁶³

In de uiteindelijke Lager-onderwijswet 1920 werd inderdaad gekozen voor deze twee nadere voorwaarden. Het minimumaantal leerlingen bedroeg 18 voor het openbaar onderwijs en 40 voor het bijzonder onderwijs (artikel 57 en artikel 73 lid 1 onder a Lager-onderwijswet 1920). De instelling of vereniging die de aanvraag tot bekostiging van een bijzondere school deed diende voorts een waarborgsom van 15% van de stichtingskosten te storten (artikel 73 lid 1 onder b Lager-onderwijswet 1920).

Onverminderd de hiervoor beschreven vrijheden stelde de onderwijswetgever van 1920 ook voorwaarden aan de inrichting van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs. De lijn die in 1878 en 1889 werd ingezet, werd in de Lager-onderwijswet 1920 bevestigd en nader uitgewerkt. Elke school diende een hoofd der school te kennen en die moest zich bij een groter aantal leerlingen laten bijstaan door andere onderwijzers (artikel 27 en 28 Lager-onderwijswet 1920).

63 Staatscommissie Bos, *Eindverslag* 1916, artikel 54ter en p. 54-55.

De gemeenteraad diende de onderwijzers van de openbare school, daaronder ook begrepen het hoofd, te benoemen (artikel 36 lid 1 Lager-onderwijswet 1920). De benoemingsbevoegdheid van onderwijzers in het bijzonder onderwijs werd niet wettelijk geregeld. Wel diende voorafgaand aan de benoeming sprake te zijn van overleg met de inspecteur van het onderwijs (artikel 89 lid 6 Lager-onderwijswet 1920) en de onderwijzers moesten in het bezit zijn van een door het bestuur van de school te ondertekenen akte van benoeming (artikel 89 lid 6 Lager-onderwijswet 1920).

B. Rechtspersoonlijkheid als bekostigingsvoorwaarde voor het bijzonder onderwijs

Het vereiste dat een bijzondere school onder verantwoordelijkheid moest staan van het bestuur van een instelling of vereniging die rechtspersoonlijkheid bezit, bleef van kracht (artikel 89 lid 1 Lager-onderwijswet 1920). Nieuw was de aanvulling dat de betreffende instelling of vereniging geldelijk onafhankelijk moest zijn van het aan de school verbonden personeel (artikel 89 lid 1 Lager-onderwijswet 1920). Deze aanvullende voorwaarde was ontleend aan het gelijkkluidende maar verder niet toegelichte voorstel van de Staatscommissie voor het Onderwijs in 1915.⁶⁴ Mijn indruk is dat deze aanvullende voorwaarde vooral werd opgenomen om te bereiken dat het toezicht door het bestuur op de onderwijzers voldoende onafhankelijk was. Die indruk wordt bevestigd door het antwoord van het kabinet op vragen in de Eerste Kamer over obligaties en leningen.

“Indien een onderwijzer obligaties bezit in eene door zijn schoolbestuur aangegane geldleening, dan kan inderdaad het geval zich voordoen — bijv. Wanneer hij alle obligaties van die leening bezit — dat het schoolbestuur niet geldelijk onafhankelijk is van dien onderwijzer en is er dus strijd met de in den tweeden volzin van het eerste lid van dit artikel gestelde voorwaarde. Of de onderwijzer deze obligaties zelf heeft genomen of door schenking of erfenis heeft verkregen, brengt hierin uiteraard geene verandering. Ook het door het schoolbestuur huren van het aan een der onderwijzers in eigendom toebehoorend schoolgebouw kan aanleiding zijn tot strijd met ovengenoemde voorwaarden.”⁶⁵

2.4.3 *Wet op het voortgezet onderwijs 1968 (Mammoetwet)*

A. Totstandkoming Mammoetwet

Voor, tijdens en na de Tweede Wereldoorlog was de onderwijswetgever relatief weinig actief. In 1921 was nog wel de Nijverheidsonderwijswet ingevoerd en in 1955 werd de Kleuteronderwijswet 1955 van kracht. In 1923 was de Lager-onderwijswet 1920 nog wel

64 Staatscommissie Bos, *Eindverslag* 1916, voorgesteld artikel 59.

65 *Kamerstukken I* 1919/20, 889, nr. 86, p. 7.

gewijzigd als gevolg van de Technische Herziening en in 1937 wijzigde de wet als gevolg van de Wet beperking stichting van scholen van 1937. De Technische Herziening bepaalde dat een bijzondere school aangesloten moest zijn bij een Commissie van Beroep (en dus moest samenwerken met andere scholen; artikel 73 lid 1 sub d Lager-onderwijswet 1920). De aanpassing en verhoging van de stichtingsnormen in 1937 was vooral een bezuinigingsmaatregel en moest een antwoord geven op de oplopende kosten van zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs.⁶⁶

Van grote stelselwijzigingen was dus geen sprake. In 1951 werd de stilte door minister Rutten doorbroken met zijn Onderwijsplan of ‘Nota betreffende de onderwijsvoorzieningen’.⁶⁷ Rutten gaf daarin aan voorstander te zijn van een “leidraad voor een geleidelijke (re)organisatie van ons onderwijsstelsel”.⁶⁸ Die leidraad stelde hij op vanuit onderwijskundig gezichtspunt en de bestuurlijke kwesties beschouwde hij als uitwerking en hij ging ervan uit dat het onderwijsstelsel doelmatig van opzet diende te zijn. Het geheel van onderwijsvoorzieningen had volgens hem “niet de nodige onderlinge samenhang” en “in het geheel der wetgeving ontbrak systeem”.⁶⁹ Het Onderwijsplan borduurde voort op de destijds al wat gedateerde driedeling eenvoudig arbeidsgericht onderwijs, algemeen breed onderwijs en voorbereidend wetenschappelijk onderwijs. Hoewel zijn Nota werd opgevolgd door een nader advies van meerdere Kamerleden en een tweede Nota betreffende de onderwijsvoorzieningen (Tweede Onderwijsnota), bleef de uitwerking complex.⁷⁰

Uiteindelijk was het minister Cals die in 1958 de Wet op het voortgezet onderwijs aan de Tweede Kamer zond.⁷¹ Deze wet werd in 1963 aangenomen, trad uiteindelijk in 1968 in werking en is de Mammoetwet gaan heten.⁷² De structuur bestond vanaf 1968 uit het zesjarig vwo, een vijfjarige havo en een vierjarige mavo (nu vmbo-t). Het lager beroepsonderwijs werd in het midden van de jaren negentig deels onderdeel van het vmbo en voor een deel ondergebracht bij het mbo. In 1986 werd het hoger beroepsonderwijs uit de Wvo

66 *Kamerstukken II* 1936/37, 353, nr. 3, p. 7-8.

67 *Handelingen II* 1950/51, 2233, p. 1-2 (Nota betreffende onderwijsvoorzieningen).

68 *Handelingen II* 1950/51, 2233, p. 1.

69 *Handelingen II* 1950/51, 2233, p. 1 met een algemene verwijzing naar het advies van de Ineenschakelingscommissie uit 1910.

70 *Kamerstukken II* 1954/55, 2233, nr. 4 (Tweede Onderwijsnota) en *Kamerstukken II* 1953/53, 2233, nr. 3 (Verslag).

71 *Kamerstukken II* 1958/59, 5350, nr. 1-3.

72 Algemeen wordt aangenomen dat het ARP-Kamerlid Anton Roosjen deze term dropte. Hij zou bij de stemming de Tweede Kamer gezegd hebben: “Laat die mammoet maar in het sprookjesleven voortbestaan”. Dat lijkt sterk omdat al in het Memorie van Antwoord de benaming Mammoetwet aan te treffen is. Zie *Kamerstukken II* 1960/61, 5350, nr. 8, p. 3: “Moge, gezien zijn omvang, het wetsontwerp op zich zelf de naam van ‘Mammoetwet’ niet rechtvaardigen, de hoeveelheid commentaren, waartoe het aanleiding heeft gegeven, wekt inderdaad met alle reden gedachten aan een mammoet op.”

gehaald en ondergebracht in de Wet op het hoger beroepsonderwijs en ging in 1993 over naar de Whw. Zie over het hoger onderwijs paragraaf 2.5.

B. Mammoetwet en bestuurlijke organisatie

De Mammoetwet bracht weinig wijzigingen in de bestuurlijke organisatie van de diverse onderwijsorganisaties. De grondstructuur voor die bestuurlijke organisatie zoals die ook was beschreven in de Lager-onderwijswet 1920 bleef in tact. Wel werden enkele bepalingen herschreven en aangescherpt. Het bestuur-directiemodel werd bevestigd.

Aan het hoofd van een openbare vwo-school stond een rector; aan het hoofd van de overige openbare scholen een directeur. Deze rector/directeur werd benoemd door de gemeenteraad (artikel 39 lid 1 Wvo 1968) en deze rector/directeur werd ondersteund door de gemeenteraad aan te wijzen en te benoemen conrectoren/adjunct-directeuren (artikel 32 lid 3 en artikel 39 lid 1 Wvo 1968). De bepaling dat aan het hoofd van de school een rector of directeur stond, was ontleend aan de Nijverheidsonderwijswet van 1921 en de Middelbaar-onderwijswet van 1863 die zag op de hbs en het hoger onderwijs.⁷³ De gemeenteraad benoemde niet alleen de rector/directeur en conrectoren/adjunct-directeuren maar ook alle leraren en overig personeel. De benoeming van de rector, de directeur en de leraren aan een openbare school geschiedde overigens na inwinning van het advies van de inspectie en bij leraren nadat de rector of directeur was gehoord (artikel 43 lid 1 Wvo 1968).

Artikel 49 Wvo 1963 bepaalde dat elke bijzondere school onder het bestuur van een stichting of rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging of instelling moest staan. Die rechtspersoon moest zich het geven van onderwijs ten doel stelde zonder daarbij het maken van winst te beogen. Naast het bestuur diende sprake te zijn van een rector of directeur als hoofd van de school. Die rector/directeur werd net als de leraren en het overige personeel benoemd door het bestuur dat zelf de akte van benoeming van diende te ondertekenen (artikel 51 Wvo 1963).

De Mammoetwet introduceerde met artikel 49 lid 3 Wvo 1968 een eerste algemene zorgplicht goed bestuur. Het schoolbestuur diende zorg te dragen voor een deskundig beheer van de school.⁷⁴ Nieuw was ook de bepaling dat het bestuur van een bijzondere school “op zodanige wijze boek van zijn inkomsten en uitgaven” doet, dat daaruit kon blijken dat “de vergoedingen ten behoeve van het onderwijs” werden gebruikt (artikel 99 Wvo 1968). Deze beheers- en bijbehorende informatieverplichting werden niet verder toegelicht.

⁷³ *Kamerstukken II* 1958/59, 5350, nr. 3, p. 21.

⁷⁴ Zie over deze zorgplicht Hoofdstuk 4.

Artikel 99 lid 2 Wvo 1968 bevestigde overigens dat een schoolbestuur meerdere scholen in stand kon houden. De bekostiging voor exploitatie, welke was toegekend per afzonderlijke school, kon (en kan nog steeds) worden besteed ten behoeve van de exploitatie van alle scholen behorende tot het bevoegd gezag.

2.4.4 *Stand van zaken funderend onderwijs tot 1985*

De Wet Lager-onderwijswet 1920 zou op hoofdlijnen niet wijzigen tot de inwerkingtreding van de Wet Basis Onderwijs in 1985. De hoofdlijnen van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs bleven van kracht tot het proces van autonomievergroting en verzelfstandiging in de jaren negentig. De openbare scholen werden bestuurd en beheerd door de gemeente, terwijl de bijzondere scholen in stand werden gehouden door stichtingen en verenigingen zonder winstoogmerk. Elke school kende voorts een eigen hoofd (hoofdonderwijzer, schoolleider, rector of directeur) en dat hoofd werd benoemd door het bevoegd gezag.

Artikel 192 Grondwet 1917 had een financiële gelijkstelling tussen het openbaar en bijzonder onderwijs tot gevolg. Scholen werden mede door de verplichting van bijzondere scholen om zich bij groepen van scholen aan te sluiten en de wijze waarop de vrijheid van onderwijs na de financiële gelijkstelling door vooral kerkelijke organisaties werd benut, meer en meer onderdeel van een groep. Gemeenten bestuurden en beheerden, ook als gevolg van de keuze van de wetgever in 1920 om de omvang van scholen te beperken tot maximaal 400 leerlingen (artikel 8 Lager-onderwijswet 1920) en de groei van steden, dorpen en de geleidelijke verlaging van het aantal gemeenten doorgaans meerdere scholen. Aldus werd de kiem gelegd voor het ontstaan van complexe onderwijsorganisaties die meerdere scholen, al dan niet verspreid over meerdere gemeenten, in stand hielden.

2.5 HOGER ONDERWIJS MAAKTE ONDERDEEL UIT VAN DE OVERHEID: 1815-1976

2.5.1 **Organiek Besluit 1815**

De geschiedenis van de Nederlandse universiteiten is een boeiende en een wetenschapsgebied op zich. Ik beperk mij hier tot de hoofdlijnen van de onderwijswetgeving zoals we die terugvinden in het Organiek Besluit van 1815, de Wet tot regeling van het hoger onderwijs uit 1876, de wijzigingswet van 1905 en de Wet universitaire bestuurs hervorming 1970.⁷⁵

⁷⁵ Koninklijk besluit nopens de organisatie van het hooger onderwijs, 2 augustus 1815, nr. 1410, Stcrt. 12/13 oktober 1815, 242/243 (Organiek Besluit), Stb. 1976, 102 (Wet tot regeling van het hoger onderwijs) en Stb. 1905, 180 (Wijzigingswet regeling van het hoger onderwijs) en Wet modernisering universitaire bestuursorganisatie (Stb. 1997, 117; dossier 24646).

Na diverse rapporten en adviezen over de toekomst van het hoger onderwijs stelde de Koning op 2 augustus 1815 het Koninklijk Besluit nopens de organisatie van het hoger onderwijs vast.⁷⁶ Dit besluit werd ook wel het Organiek Besluit genoemd. Over de organisatie van het onderwijs was onder meer geadviseerd door de Commissie van Swinden uit 1809 en de zogeheten Voorbereidingscommissie Van der Duyn – Van Maasdam in 1814.⁷⁷ De discussie blijkens deze beide adviezen zag op de wenselijke inhoud van het onderwijs (incl. graadverleningen), op de verhouding tussen Rijk en gemeenten, op de positie van de kerkelijke opleidingen en op de financiering.

De inhoud van het Organiek Besluit 1815 was in opzet vrij behoudend. Hoewel aangesloten werd bij het ook in het lager onderwijs gekozen uitgangspunt dat de organisatie van het hoger onderwijs een taak en bevoegdheid van de Staat als natiestaat was, was in zijn uitwerking sprake van een continuering van de gegroeide praktijk. Die praktijk bestond uit de oorspronkelijke gewestelijke universiteiten, de in de Franse tijd tot stand gebrachte universiteiten, de door gemeenten en/of provincies beheerde athenea en de stedelijke Latijnse scholen.

Het eerste dat voor de lezer van nu opvalt is dat in het Organiek Besluit van 1815 tot het hoger onderwijs werden gerekend de universiteiten, de gymasia (de oude Latijnse scholen) en athenea. Onder de naam van hoger onderwijs werd verstaan: “zodanig onderwijs, als ten doel heeft, den leerlinge, na afloop van het lager en middelbaar onderwijs, tot eenen geleerden stand in de maatschappij voor te bereiden” (artikel 1 Organiek Besluit 1815). Het onderscheid tussen het middelbaar onderwijs enerzijds en het hoger onderwijs anderzijds was in de negentiende eeuw minder duidelijk dan nu. Doorslaggevend was vooral het academische karakter en de (te leren) kennis van de Griekse en Latijnse taal. Wat onder ‘geleerde stand’ moest worden verstaan, liet men in het midden. Is dat hoog wetenschappelijk onderwijs voor de geleerde standen zonder al te veel praktijkoefening?⁷⁸ Of moest het gaan om de opleiding voor maatschappelijke betrekkingen, met daarnaast beoefening van de wetenschappen?⁷⁹

Effect van het Organiek Besluit was de erkenning en oprichting van drie rijksuniversiteiten: Leiden, Groningen en Utrecht. De universiteiten Franeker en Harderwijk werden provinciale athenea, al bleef het Rijk deze bekostigen (artikel 38 Organiek Besluit 1815). Harderwijk

76 Koninklijk besluit nopens de organisatie van het hooger onderwijs, 2 augustus 1815, nr. 1410, Stcrt. 12/13 oktober 1815, 242/243 (Organiek Besluit).

77 Zie over de totstandkomingsgeschiedenis uitgebreid: De Geer 1869, p. 212-272.

78 Staatscommissie Hoger Onderwijs (Commissie-Roëll; KB 13 april 1828), *Rapport betreffende het hoger onderwijs*, Den Haag: Algemeene Lands Drukkerij 1830, p. 35-36.

79 Staatscommissie Hoger Onderwijs (Commissie-Roëll; KB 13 april 1828), *Rapport betreffende het hoger onderwijs*, p. 27-28.

zou in 1818 worden opgeheven en Franeker in 1843. Een groot deel van de collectie van Franeker ging uiteindelijk naar de Koninklijke Akademie voor Ingenieurs in Delft dat in 1842 werd opgericht. De steden Amsterdam, Breda, Deventer en Middelburg kenden een provinciaal atheneum waarbij de steden zelf verantwoordelijk waren voor de bekostiging (artikel 38 Organiek Besluit). Het Amsterdams Atheneum werd in 1876 tot gemeentelijke universiteit en het atheneum Deventer werd in dat jaar alsnog een gymnasium. De athenea te Breda en Middelburg zouden nooit echt van de grond komen.⁸⁰

Een tweede element dat opvalt aan het Organiek Besluit 1815 is dat er van uit werd gegaan dat al het hoger onderwijs overheidsonderwijs was. Weliswaar was bepaald dat het ieder vrij stond om in de onderwerpen van het hoger onderwijs aan anderen onderricht te geven, maar dit was een vrij lege bepaling aangezien niet alleen geen recht op bekostiging bestond maar het onderwijs ook niet kon leiden tot het verkrijgen van een graad.⁸¹

De universiteiten maakt onderdeel uit van het Rijk en kenden een college van curatoren dat werd aangesteld bij Koninklijk Besluit (artikel 229 en 230 Organiek Besluit). Dit college van curatoren moest zijn samengesteld uit vijf personen die zich moesten hebben onderscheiden door hun zucht voor de letteren en de wetenschap alsmede door hun stand in de maatschappij. Ook de burgemeester van de stad waar de universiteit was gevestigd, was lid van dit college van curatoren. Aan de curatoren was opgedragen de werkzaamheden en het gezag tot onder meer de zorg en het toezicht op het inacht nemen van de wet- en regelgeving, het voorbereidend toezicht op de administratie en het financieel beheer alsmede het opmaken van de begroting (artikel 234 Organiek Besluit). Deze begroting diende ter goedkeuring te worden voorgelegd aan de minister van Binnenlandse Zaken. De curatoren waren ook belast met het voordragen voor benoeming door de minister van Binnenlandse Zaken van de professoren.

Bij de universiteiten vormde de professoren gezamenlijk een vergadering onder voorzitter van de rector: de senaat. Deze senaatsvergadering was belast met het toezicht over de academische tucht en studie en kon de intern te gelden edicten en statuten vaststellen (artikel 243 en 244 Organiek Besluit). De rector werd uit het midden van de 'ordinaire professoren' benoemd en het rectoraat ging jaarlijks over van faculteit op faculteit. In het Organiek Besluit was ook het aantal ordinaire professoren per faculteit vastgelegd; zij waren allen

80 Wachelder 1992, p. 63.

81 Artikel 2 Organiek Besluit 1815: "Het staat ieder, die zich daartoe geschikt voelt, vrij, in de onderwerpen van dit onderwijs aan anderen onderricht te geven, doch, bij de tijdsberekening der studien, zal alleen in aanmerking komen het onderwijs, genoten van inrigtingen, door algemeen openbaar gezag gevestigd en erkend."

rijksambtenaren. Wel konden de curatoren extra (buitengewone) hoogleraren aanstellen als ze dat noodzakelijk vonden; daar stond echter geen extra Rijksbekostiging tegenover.

2.5.2 *Wet tot regeling van het hoger onderwijs uit 1876*

In de Wet tot regeling van het hoger onderwijs uit 1876 werd de definitie van hoger onderwijs geherdefinieerd: “Hooger onderwijs omvat de vorming en voorbereiding tot zelfstandige beoefening der wetenschappen en tot het bekleeden van maatschappelijke betrekkingen, waarvoor eene wetenschappelijke opleiding vereischt wordt” (artikel 1 Wet hoger onderwijs 1876).⁸²

Deze nieuwe definitie volgde op de in eerdere jaren gevoerde discussie over de gewenste wetenschappelijke, academische of praktische gerichtheid van het te verzorgen onderwijs. Zij sloot ook goed aan bij de nieuwe driedeling die tot stand kwam: (1) gemeentelijke gymnasia, (2) het Atheneum Illustre te Amsterdam en (3) de Rijksuniversiteiten. De verwijzingen naar de overige athenea verviel; mede doordat eerder in 1863 de Wet op het Middelbaar Onderwijs van kracht was geworden.⁸³

De hoofdlijnen van de bestuursstructuur van de universiteiten (of ‘hooge scholen’ zoals de wet ze definieerde) wijzigde op het oog niet sterk ten opzichte van het Organiek Besluit 1815. Elke universiteit kende een college van curatoren bestaande uit door de bevoegde minister te benoemen personen. Dit college was belast met het beheer van de universiteit, droeg hoogleraren voor ter benoeming door de minister en waakte voor de getrouwe naleving van de wet en van alle krachtens haar uitgevaardigde verordeningen de universiteit betreffende (artikelen 51, 68 en 70 Wet Hoger Onderwijs 1876). De curatoren verrichtten hun werkzaamheden onbezoldigd en werden bijgestaan door een bezoldigd secretaris. Het was ook het college van curatoren dat jaarlijks verslag uitbracht aan de bevoegde minister.

De bestuurlijke traditie van de senaat werd voortgezet en uitgewerkt. De senaat bestond nog steeds uit de gezamenlijke gewone hoogleraren en stond onder voorzitterschap van de jaarlijks te benoemen rector-magnificus. De gewone hoogleraren en de rector-magnificus hadden recht op bezoldiging en werden ondersteund door de secretaris van de senaat en assessoren. De senaat kon zelf de eigen werkzaamheden vaststellen. Aan de rector-magnificus was de handhaving van de tucht onder de studenten opgedragen en van de senaat, de rector-magnificus en elke hoogleraar werd verwacht dat zij alle nodige inlichtingen

82 Wet tot regeling van het hoger onderwijs (Stb. 1876, 102).

83 Wet middelbaar onderwijs (Stb. 1863, 50).

verstrekten aan de bevoegde minister en de curatoren (artikel 79 en 81 Wet Hoger Onderwijs 1876).

Nieuw was de bepaling – of beter gezegd de bevestiging – dat het “iedere Nederlander, [...], elke erkende vereeniging en ieder kerkgenootschap, vrij [staat] eene bijzondere school van hooger onderwijs te openen” (artikel 99 Wet Hoger Onderwijs 1876). De voorwaarde was wel dat de oprichter daarvan vooraf kennis gaf aan de overheid met overlegging van de reglementen en statuten. Deze bevestiging opende de deur voor de oprichting van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Het hoofdstuk inzake de verlening van academische graden was echter nog niet van toepassing op de in vrijheid opgerichte opgerichte bijzondere scholen van hoger onderwijs. Dit had als bevreemdend effect dat iemand die afstudeerde op de Vrije Universiteit en voor een bepaald maatschappelijk ambt als dat van leraar of advocaatambt een diploma nodig had, ook nog examen moest doen bij een Rijksuniversiteit.⁸⁴

2.5.3 *Hooger-onderwijswet 1905*

De Hooger-onderwijswet 1905 bleef als reikwijdte hebben het hoger onderwijs in brede zin.⁸⁵ Wel werd gekozen voor een nieuwe driedeling: (i) gemeentelijke gymnasia, (ii) hogescholen en (iii) universiteiten. Het Atheneum Illustre te Amsterdam bleef een gemeentelijke universiteit. De Koninklijke Akademie voor Ingenieurs te Delft uit 1842 en de latere Polytechnische Hogeschool (1863) werden nu bij wet erkende technische hogescholen. In 1913 werd in Rotterdam de handelshogeschool opgericht en in 1917 in Wageningen de landbouwhogeschool. Alle drie deze hogescholen zouden later als universiteit kwalificeren.

De bestuursstructuur van zowel de gymnasia als de Rijksuniversiteiten bleef ten opzichte van het Organiek Besluit en de Wet Hoger Onderwijs 1876 ongewijzigd. Naast de toevoeging van de hogescholen in de Hooger-onderwijswet 1905 was nieuw dat bijzondere universiteiten vanaf nu ook bevoegd waren graden te verlenen.⁸⁶ De totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling is uitgebreid bestudeerd.⁸⁷ Het idee was in elk geval zo dat bijzondere universiteiten aangewezen konden worden om graden te verlenen. Die aanwijzing kon

84 Zie ook Groen 1983, p. 11.

85 Stb. 1905, 180 (Wijzigingswet regeling van het hoger onderwijs)

86 Artikel 184 Hooger-onderwijswet 1905: “Door Ons kunnen, bij besluit, den raad van State gehoord, instellingen, stichtingen of rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen worden aangewezen als bevoegd eene bijzondere universiteit te hebben, die ten aanzien van uitdrukkelijk in de aanwijzing te vermelden, door haar te verlenen, doctorale graden, gelijke rechten heeft als de Rijksuniversiteiten.”

87 Zie o.a. Donner 1978 en Koch 2006, p. 171-238.

plaatsvinden als aan nadere voorwaarden werd voldaan zoals het overleggen van de akte van oprichting of de statuten, het hebben van een minimumkapitaal en tenminste drie van de vijf faculteiten (artikelen 185 en 186 Hooger-onderwijswet 1905). Er werden ook eisen gesteld aan de bestuurlijke inrichting. Zo diende de universiteit onder toezicht te staan van een college van curatoren en ging de wet ervan uit dat sprake was van een senaat van hoogleraren. Het college van curatoren was vrij hoogleraren te benoemen, maar die benoeming moest wel bekrachtigd worden. Aan de bijzondere universiteiten kon uit de kas van het Rijk subsidie worden toegekend. Ten behoeve van het toezicht door de overheid, werd een commissie van toezicht op de bijzondere leerstoelen en bijzondere universiteiten ingesteld.

Niet alleen regelde de Hooger-onderwijswet 1905 dat er bijzondere universiteiten aangewezen kunnen worden. Die mogelijkheid werd tevens voor de bijzondere gymnasia geopend. Als een aanwijzing was verleend, dan was een bijzonder gymnasium bevoegd een getuigschrift af te geven die kwalificeerde om aan een universiteit te studeren. Om voor die aanwijzing in aanmerking te komen, moesten de statuten en het leerplan worden overlegd. Tevens werd de mogelijkheid bevestigd dat de overheid subsidie kon verlenen aan de bijzondere gymnasia met dien verstande dat hieraan de voorwaarde werd gesteld dat “het gymnasium staat onder het bestuur van eene instelling, stichting of rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging” (artikel 168 Hooger-onderwijswet 1905). Deze bekostigingsvoorwaarde kwam letterlijk overeen met artikel 54bis Lager Onderwijswet 1889.

2.5.4 *Wet Wetenschappelijk Onderwijs 1960 en Wet universitaire bestuursvorming 1970*

Na 1905 bleef het betrekkelijk rustig tot de jaren vijftig. In 1960 trad de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs (**WWO 1960**) in werking. Deze wet verving de Hooger-onderwijswet 1905 en in deze wet werd gekozen voor de term wetenschappelijk onderwijs. Het doel van dat wetenschappelijk onderwijs was de “vorming tot zelfstandige beoefening der wetenschap, voorbereiding tot het bekleden van maatschappelijke betrekkingen, waarvoor een wetenschappelijke opleiding vereist is en bevordering van inzicht in de samenhang der wetenschap.” De WWO 1960 richtte zich op de universiteiten en de technische hogescholen. Die universiteiten en technische hogescholen bezaten rechtspersoonlijkheid (artikel 34 WWO 1960). De WWO 1960 bepaalde dat het bestuur werd uitgeoefend door de curatoren en de senaat maar wel onder medewerking van de faculteiten, interfaculteiten, afdelingen en/of tussenafdelingen (artikel 38 WWO 1960). Het college van curatoren bestond uit ten minste vijf en ten hoogste zeven leden, diens – in geval van openbaar onderwijs door de minister te benoemen – voorzitter vertegenwoordigde de

universiteit of technische hogeschool in en buiten rechte en de curatoren waren belast met de zorg voor de huisvesting, met het beheer der financiën en met dat der roerende en onroerende zaken (artikel 44 en 45 WWO 1960). Het bestuursreglement werd vastgesteld door de curatoren en in dit reglement kon worden vastgelegd dat de behartiging van de belangen van de universiteit of technische hogeschool kon worden opgedragen aan het college van rector en assessoren (artikel 39 WWO 1960). Bij dit college berustte op grond van de wet ook al de dagelijkse behartiging van de tot de werkkring van de senaat behorende zaken (artikel 51 WWO 1960). De rector magnificus was de voorzitter van dit college, de secretaris van de senaat haar secretaris en het college kende minimaal vier assessoren afkomstig uit de faculteiten en/of afdelingen. De senaat op zijn beurt was belast met de behartiging van in het bijzonder de algemene belangen van het onderwijs en van de beoefening der wetenschap aan de universiteit of hogeschool (artikel 48 WWO 1960). De senaat bestond uit hoogleraren en de hoogleraar die het voorzitterschap van de senaat bekleedde, droeg de titel van rector magnificus en trad in het verkeer met andere universiteiten en hogescholen op namens de universiteit of hogeschool (artikel 49 WWO 1960). Als gevolg was sprake van vier lagen: het college van curatoren, de senaat, het college van rector en assessoren en de rector-magnificus. Zij hadden allen eigen bestuurlijke taken en bevoegdheden.

De groei van de omvang van de universiteiten en de algemene maatschappelijke ontwikkelingen, leidde enkele jaren later tot een interne democratisering van de bestuursstructuur met de Wet universitaire bestuurshervorming 1970 (**WUB**) als resultaat.⁸⁸ De senaat bij de universiteiten werd vervangen door een universiteitsraad bestaande uit personeel en studenten. De universiteitsraad en het college van bestuur waren de bestuursorganen van de universiteit. De universiteitsraad had de “bevoegdheid tot regeling en bestuur van de zaken van de universiteit in haar geheel, voor zover die niet bij of krachtens deze wet aan het college van bestuur is opgedragen” (artikel 20 lid 2 WUB). De universiteitsraad kon bestaan uit maximaal 40 leden. Het college van bestuur was op zijn beurt belast met “het dagelijks bestuur van de universiteit” (artikel 31 lid 1 WUB). Tot die dagelijkse bestuurstaak werd onder meer begrepen het voorbereiden en uitvoeren van de besluiten van de universiteitsraad, het benoemen en ontslaan van het personeel, het doelmatig beheer van de financiën en het sluiten van overeenkomsten en het verrichten van rechtshandelingen (vertegenwoordigingsbevoegdheid). Het college van bestuur bij een openbare universiteit bestond uit drie tot vijf leden: de rector-magnificus, één of twee door de universiteitsraad

88 Wet universitaire bestuurshervorming (Stb. 1970, 601; dossier 10636). De memorie van toelichting is verplichte koste voor iedereen die pleitbezorger is van meer democratisering en ademt de geest van 1968. Zie *Kamerstukken II* 1969/70, 10636, nr. 3.

te kiezen leden uit het wetenschappelijk personeel en één of twee door de minister van Onderwijs te benoemen leden.

In de WUB werd ook definitief gekozen voor organisatorische eenheden binnen de universiteit. Ook bij de faculteiten was sprake van democratisering en twee bestuursorganen: de faculteitsraad en het faculteitsbestuur. Tot de taak van de faculteitsraad behoorde de organisatie en coördinatie van het onderwijs en de wetenschapsbeoefening van de tot die faculteit behorende vakgebieden (artikel 8 lid 1 WUB). De faculteitsraad bestond uit gekozen personeelsleden en studenten. De faculteitsraad stelde het faculteitsreglement vast en koos, al dan niet uit zijn midden, het faculteitsbestuur. Dit faculteitsbestuur bestond uit maximaal 5 leden en de voorzitter van het faculteitsbestuur werd aangeduid als de decaan (artikel 9 WUB). De taak van het faculteitsbestuur was het behartigen van de belangen van de faculteit, het voorbereiden van de vergaderingen van de faculteitsraad en het zorg dragen voor de uitvoering van de besluiten van die raad (artikel 10 WUB). De faculteitsraad kon daarnaast bevoegdheden overdragen aan het faculteitsbestuur. De bijzondere universiteiten dienden de voor de openbare universiteiten geldende structuur te volgen voor zover dat paste bij hun eigen aard.

2.5.5 *Stand van zaken hoger onderwijs 1970*

In het hoger onderwijs legde de wetgever de basis van de huidige bestuursstructuur vast in 1815 en die basis wijzigde in de negentiende eeuw en tot de jaren zestig van de twintigste eeuw niet. De meeste van de universiteiten zijn ook nog steeds openbaar. De curatoren van zowel de openbare gymnasia als de universiteiten bestuurden in de praktijk op afstand en van hen werd verwacht dat zij verslag deden aan de overheid. Aan deze curatoren werden ook, al dan niet bij wet, eisen gesteld omtrent hun betrokkenheid, hun kennis en hun maatschappelijke achtergrond. Hun “zucht naar letteren en wetenschap” en hun “stand in de maatschappij” werden als selectiecriteria benoemd, net als dat van hen wordt verwacht dat zij in de betrokken regio gevestigd zijn. De intrede van de bijzondere universiteiten en bijzondere gymnasia is van betrekkelijk weinig betekenis voor de bestuursstructuur in het hoger onderwijs. Alle drie de bijzondere universiteiten en de drie technische hogescholen die later universiteit werden, namen de voor het openbaar onderwijs geldende bestuursstructuur vrijwel naadloos over.

Met de WUB wijzigde er tijdelijk een hoop. De interne bestuurlijke organisatie werd democratischer, de formele betrokkenheid van studenten groter en de zelfstandige positie van de faculteiten als organisatorische eenheden werd versterkt. In 1997 kwam vooral aan het democratische karakter van de bestuursstructuur, dat een duidelijke trendbreuk vormde

met de eerdere structuur en sterk afweek van alle andere onderwijssectoren, een einde.⁸⁹ De huidige bestuurlijke organisatie van de universiteiten (en hogescholen) gaat uit van duidelijk te onderscheiden verantwoordelijkheden tussen bestuur en medezeggenschap.

2.6 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

Dit hoofdstuk maakt duidelijk dat de bestuurder van vroeger niet de bestuurder van nu is. Onderwijsorganisaties hebben een ontwikkeling doorgemaakt en dat geldt ook voor de juridische positie van hun bestuurders. De vraag die in dit hoofdstuk is gesteld, was hoe de historische ontwikkeling van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs er op hoofdlijnen uitzag.

Deze vraag is beantwoord door een blik te werpen op de vroege geschiedenis van het onderwijs, de ordening van het funderend onderwijs in de negentiende eeuw en de daarop volgende gelijkstelling van het openbaar en bijzonder onderwijs in de twintigste eeuw. Tevens is aandacht besteed aan de historische ontwikkelingen in het hoger onderwijs sinds 1815. In vogelvucht is een chronologisch overzicht gegeven van de voor de ontwikkeling van onderwijsorganisaties en positionering van hun bestuurders relevante onderwijswet- en regelgeving.

De waarneming is dat tot en met het midden van de negentiende eeuw de onderwijzer als zelfstandig ondernemer nog een dominante factor was in het funderend onderwijs en dat de bestuurlijke bemoeienis van de lokale overheid met de openbare, op de elite gerichte, scholen groot was. De onderwijzer als vrijgevestigde en het beheren van een school als onderneming is in de twintigste eeuw niet meer aan de orde. Onderwijsorganisaties hebben een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk karakter en scholen moeten zonder winstoogmerk in stand worden gehouden. Uit dit hoofdstuk kan tevens worden geleerd dat de professioneel bestuurder van nu eigenlijk de ondernemende onderwijzer van vroeger is en dat de intern toezichthouder van nu vroeger bestuurder op afstand, curator of toezichthouder/opziener was. Professionele hoofdonderwijzers zijn – met uitzondering van de resterende eenpitters – meer scholen gaan besturen, werden daardoor meer manager en zijn geworden tot professioneel bestuurder. De taken als hoofd van de school werden gemandateerd aan schoolleiders en directeurs. Wat geldt voor de bestuurder, geldt ook voor de onderwijsorganisatie. Onderwijsorganisaties zijn opgericht, ontstaan en gegroeid. Wat klein en op het oog overzichtelijk begon, is vaak groot en complex geworden.

89 Wet modernisering universitaire bestuursorganisatie (Stb. 1997, 117; dossier 24646).

HOOFDSTUK 3 – ONDERWIJSRECHTELIJKE KERNBEGRIPPEN EN BESTUURLIJKE VORMGEVING

3.1 INLEIDING

3.1.1 *Vooraf*

Bestuurders in het onderwijs zijn gewoonlijk lid van het bestuurlijk orgaan van hun onderwijsorganisatie. Maar hoe zijn die onderwijsorganisaties vormgegeven? Vast staat in elk geval dat de onderwijsorganisaties in Nederland vanaf midden jaren tachtig groter en complexer zijn geworden. Het aantal besturen in het primair onderwijs daalde tussen 1999 en 2014 van 2.100 naar 990.¹ In het voortgezet onderwijs waren er in 1999 nog 418 onderwijsorganisaties en bleef de daling beperkt tot 343 onderwijsorganisaties in 2014.² Veel van deze onderwijsorganisaties houden inmiddels meerdere scholen in stand. De schaalvergroting is ook zichtbaar in het middelbaar beroepsonderwijs en bij de hogescholen. Waren er in 1990 nog 325 onderwijsinstellingen voor beroepsonderwijs, in 1999 was dat aantal al gedaald tot 79 en in 2013 waren er nog maar 65 regionale opleidingencentra.³ Van de 375 hogescholen in 1983 resteerden er in 1990 nog 81 en in 2013 37,⁴ terwijl het aantal hbo-studenten in de periode 1975-2013 verdrievoudigde van 187.000 naar ruim 440.000.⁵ Bij de universiteiten bleef weliswaar het aantal onderwijsinstellingen vrijwel gelijk maar het aantal studenten verdubbelde van circa 122.000 in 1975 tot circa 245.000 studenten in 2014.⁶

Gelijktijdig met deze groei in omvang van onderwijsorganisaties nam ook de behoefte aan een professioneler bestuur en management toe. De bestuurder van nu in het onderwijs is professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie.

1 Zie www.onderwijsincijfers.nl, 18 juni 2015.

2 Zie www.onderwijsincijfers.nl, 18 juni 2015.

3 Zie www.cbs.nl, 18 juni 2015.

4 Van Bommel 2014

5 Zie www.cbs.nl, 18 juni 2015.

6 Zie www.cbs.nl, 18 juni 2015 en Kuhry 1998, p. 18.

3.1.2 *Vraag- en doelstelling hoofdstuk*

De bestuurlijke vormgeving van het onderwijs staat in dit hoofdstuk centraal. Bestudering van die vormgeving is voor de juridische positie van de bestuurder relevant omdat het iets zegt over de omvang van de taak van de bestuurder en zijn verantwoordelijkheden. Voorop staat dat de bestuurlijke vormgeving van onderwijsorganisaties afhankelijk is van in elk geval de volgende drieslag: (1) bevoegdheidstoedeling, (2) rechtspersonenrecht en (3) bekostigingsvoorwaarden.

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders relevante aspecten betreffende de bevoegdheidstoedeling en het rechtspersonenrecht. De bekostigingsvoorwaarden komen aan de orde in hoofdstuk 4. De toekenning en uitoefening van (publiekrechtelijke) bevoegdheden in het onderwijs wordt bepaald door de diverse onderwijssectorwetten en is sterk afhankelijk van het gehanteerde begrippenkader. Uit dit hoofdstuk zal blijken dat het door de onderwijswetgever gehanteerde begrippenkader niet altijd even congruent is en dat er verschillende bestuursvormen in het onderwijs zijn. Om die reden worden in dit hoofdstuk de volgende twee vragen gesteld.

1. Welke kernbegrippen kent het onderwijsrecht?
2. Welke bestuursvormen kennen onderwijsorganisaties?

Doelstelling van dit hoofdstuk is te komen tot een juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs in Nederland. Vermeulen en Zoontjens hebben eerder in 2000 geprobeerd dat grondschema voor bestuur en besturen inzichtelijk te maken. Zonder dit als een grondschema te benoemen kozen zij voor de volgende formulering:

“De bevoegdheid tot het besturen van deze instellingen berust bij het bevoegd gezag. (...) Instandhouding duidt daarentegen op de privaatrechtelijke beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de onderwijsinstelling. De instantie die instandhoudt is de eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde van de school en toebehoren alsmede van het van rijkswege verstrekte geld. (...) Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen houden onderwijsinstellingen in stand; het bestuur van die instellingen ligt in handen van bestuursorganen (openbaar onderwijs) respectievelijk van privaatrechtelijke rechtspersonen die tevens instandhouder zijn (bijzonder onderwijs).”⁷

7 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 75.

Deze doelstelling volgt uit de behoefte om extra inzicht te verkrijgen in de hoofdlijnen van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs, de overeenkomsten tussen de onderwijssectoren en de motivatie van eventuele afwijkingen. Net als in hoofdstuk 2 ligt het accent op het in kaart brengen.

Voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking van de kernbegrippen en bestuursvormen wordt in paragraaf 3.1.4 kort stilgestaan bij het gegeven dat onderwijsorganisaties meerdere juridische verschijningsvormen kennen. Er is sprake van een hybride stelsel van openbaar en bijzonder onderwijs, publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen en onderwijsorganisaties die één of meer scholen of instellingen in stand houden. In paragraaf 3.1.5 worden de algemene uitgangspunten van bestuurlijk organisatierecht besproken voor het onderwijs. Dit bestuurlijk organisatierecht biedt een instrumentarium om de bestuurlijke vormgeving van onderwijsorganisaties te beschrijven en een bijbehorend normatief juridisch kader te formuleren.

3.1.3 *Opzet hoofdstuk*

De paragrafen 3.2 tot en met 3.4 beschrijven vervolgens de belangrijkste kernbegrippen in het onderwijsrecht. Het kernbegrip ‘bevoegd gezag’ komt aan de orde in de paragrafen 3.2 en 3.3. In paragraaf 3.2 wordt het gezag van het begrip bevoegd gezag besproken en wordt een overzicht gegeven van de aan het bevoegd gezag toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden. In die paragraaf wordt ingegaan op de vraag wie nu bevoegd gezag is. De kernbegrippen ‘besturen’, ‘in stand houden’ en ‘beheren’ worden besproken in paragraaf 3.3. In deze paragraaf wordt tevens ingegaan op de bestuurstaak van bestuurders. Elke onderwijsorganisatie houdt een ‘school’ of ‘instelling’ in stand. Deze twee kernbegrippen komen aan bod in paragraaf 3.4. De verschillende bestuursvormen worden besproken in paragraaf 3.5.

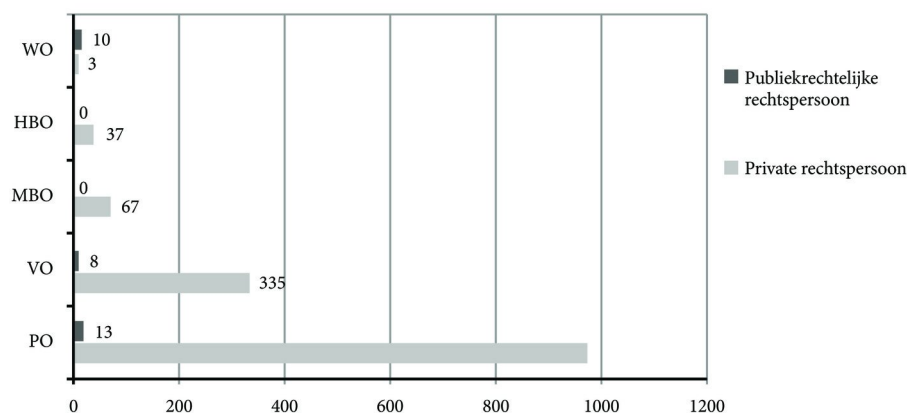
Op basis van de voorafgaande analyse van de kernbegrippen en de duiding van de verschillende bestuursvormen bevat paragraaf 3.6 een samenvatting van het voorafgaande. Deze afsluitende paragraaf bevat een voorstel voor een juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie en vormgeving van het onderwijs en een omschrijving van de taak van de professioneel bestuurder van een onderwijsorganisatie.

3.1.4 *Rechtsvorm onderwijsorganisaties: de private rechtsvorm is dominant*

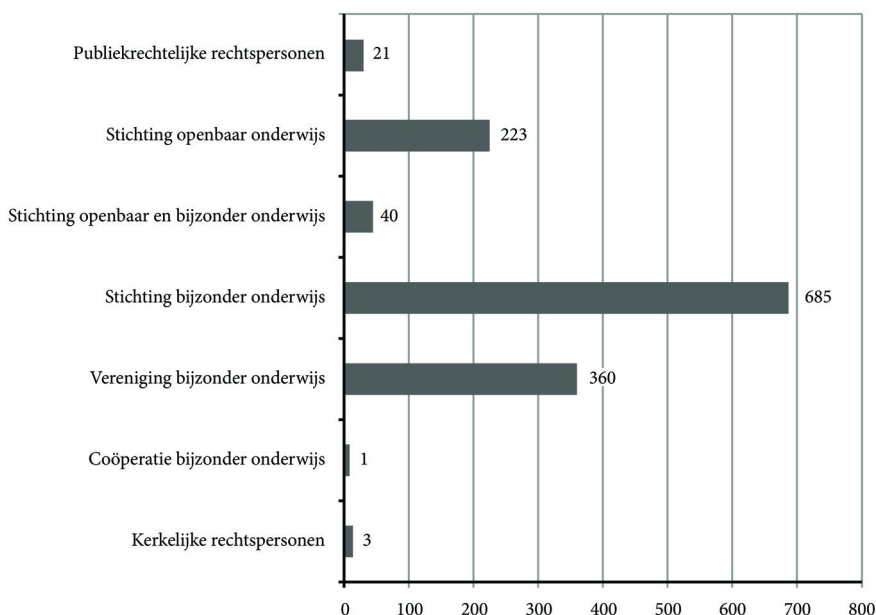
Het Nederlands onderwijsbestel wordt weliswaar van oudsher gekenmerkt door het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, maar dit onderscheid heeft voor wat

betreft de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en de bestuurlijke vormgeving van onderwijsorganisaties aan belang ingeboet. Sinds 1997 kunnen openbare scholen in het primair en voortgezet onderwijs in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen en geen enkel regionaal opleidingscentrum of hogeschool kent nog een openbaar karakter. Alle roc's, aoc's en hogescholen worden in stand gehouden door private rechtspersonen; en in de meeste gevallen door stichtingen. Inmiddels kent dan ook liefst 99% van de bekostigde onderwijsorganisaties in Nederland de rechtsvorm stichting of vereniging. Openbare scholen of onderwijsinstellingen die in stand worden gehouden door de overheid en publiekrechtelijke rechtspersonen zijn in de praktijk de uitzondering. Alleen bij de universiteiten is in meerderheid sprake van publiekrechtelijke rechtspersonen.

Figuur 3.1.4a Bestuursvormen in het onderwijs 2014 (DUO, 3/11/2014)



Figuur 3.1.4b Bestuursvormen PO/VO 2014 (DUO, 3/11/2014)



3.1.5 Bestuurlijk organisatierecht

De in de onderwijswetgeving gebruikte kernbegrippen en de verschillende bestuursvormen maken duidelijk dat onderwijsrecht bestuurlijk organisatierecht is. De onderwijswetgeving is opgezet vanuit de ratio van het bevoegd gezag en de bekostigde onderwijsinstelling en niet vanuit de ratio van de rechtspersoon die een onderwijsinstelling in stand houdt.⁸ De opzet van het consultatiedocument Algemene Wet Onderwijs en het consultatiedocument Wvo 20xx bevestigen dat.⁹

Bestuurlijk organisatierecht ziet op ‘de opbouw van de verschillende tot het overheidsbestuur behorende lichamen, diensten en instellingen en hun onderlinge verhouding van neven- en onderschikking’.¹⁰ Hoewel deze definitie het bestuurlijk organisatierecht in beginsel afbakt tot het overheidsbestuur, kan bij ruime benadering hieronder ook worden

⁸ Zoontjens & Huisman 2015, p. 317.

⁹ Consultatiedocument Algemene Onderwijs Wet (AWO), www.internetconsultatie.nl, 4 maart 2016 en Consultatiedocument Wvo 20xx, www.internetconsultatie.nl, 17 december 2015.

¹⁰ Zijlstra 2009, p. 5 met een verwijzing naar *Rapport ABAR*, 5e druk 1984, p. 8.

begrepen de organisatie van de verhouding tussen de overheid en maatschappelijke organisaties en de bestuurlijke inrichting van dergelijke maatschappelijke, al dan niet (deels) verzelfstandigde of private organisaties. Anders gezegd, ook als privaatrechtelijke rechtspersonen activiteiten verrichten die van publiek belang zijn en/of activiteiten verrichten die tot de taak van de staat behoren, kunnen zij vallen onder de reikwijdte van het bestuurlijk organisatierecht.

De hoofdmoot van de onderwijswet- en regelgeving wordt gevormd door bepalingen die de bestuurlijke organisatie van het onderwijs regelen en de beschikbare publieke bekostiging (het macrobudget) verdelen tussen de scholen en onderwijsinstellingen. Ruwweg kunnen in de sectorwetten Wpo, Wvo, Web en Whw vier thema's worden onderscheiden:

- inhoud en omvang van de te verrichten onderwijsprestatie;
- het recht op en de omvang van de bekostiging;
- toekenning publiekrechtelijke bevoegdheden aan bestuursorganen in het onderwijs;
- eisen aan de bestuursvorm en de bestuurlijke inrichting van onderwijsorganisaties.

Het perspectief van het bestuurlijk organisatierecht biedt een instrument om de diverse kernbegrippen in het onderwijs en de verschillende bestuursvormen te analyseren en te plaatsen. Binnen dit rechtsgebied is een normatief kader ontwikkeld op basis waarvan een analyse mogelijk is van het beoordelen van het handelen van de overheid bij de organisatie van zijn publieke taakvervulling.¹¹ Een belangrijk uitgangspunt bij dit normatief kader is dat er in democratisch-rechtsstatelijk perspectief sprake behoort te zijn van een transparante scheiding tussen overheid en private organisaties en hun onderscheiden verantwoordelijkheden. Aan dit uitgangspunt wordt door de onderwijswetgever niet altijd voldaan. Dit is toe te lichten aan de hand van vier elementen van bestuurlijk organisatierecht: (1) inzichtelijke organisatie, (2) autonomie, (3) rechtsbescherming en (4) doeltreffendheid en doelmatigheid.

Ad 1) Inzichtelijke organisatie

Allereerst mag men verlangen dat de bestuurlijke organisatie van het onderwijs inzichtelijk is. Voor betrokkenen moet het onderscheid tussen overheid enerzijds en onderwijsorganisaties anderzijds voldoende inzichtelijk zijn. Wie is verantwoordelijk voor het voorzien in voldoende onderwijs en wie is verantwoordelijk voor het geven van onderwijs? Het heeft ook betekenis voor de bestuurlijke inrichting van onderwijsorganisaties. Ook de vormgeving van de interne bestuursorganisatie moet kenbaar en herkenbaar, transparant en bestendig zijn.

11 Zijlstra 2009, p. 6-7 met een verwijzing naar Zijlstra e.a. 2006, p. 85.

Ad 2) Autonomie

Het element van autonomie speelt op twee terreinen. Allereerst speelt het een rol bij de verantwoordelijkheid van de overheid voor het geheel en de verantwoordelijkheid van de bestuurder voor het functioneren van de onderwijsorganisatie. Die beide verantwoordelijkheden kunnen soms botsen. Het element autonomie is ook van betekenis voor de bestuurlijke inrichting van onderwijsorganisaties zelf. De verhouding tussen bestuur en interne toezichthouders, tussen bestuur en management, tussen bestuur en medezeggenschap en tussen bestuur en docenten moet idealiter zowel bestuurlijke slagvaardigheid mogelijk maken (bestuursautonomie) als de interne *checks* en professionele ruimte van docenten borgen.

Ad 3) Rechtsbescherming

Het belang van rechtsbescherming in de relatie tussen overheid en onderwijsorganisaties en tussen onderwijsorganisaties en betrokkenen is een volgend element. In de relatie overheid – onderwijsorganisaties dient rechterlijke controle mogelijk te zijn op het optreden van de overheid. Binnen en rondom onderwijsorganisaties behoort ook voldoende ruimte te bestaan om handelingen van bestuurlijke organen te kunnen redresseren; desnoods via de rechter. In het verlengde daarvan verdient ook de rechtspositie van individuele leerlingen/studenten, ouders en docenten ten opzichte van de onderwijsorganisatie bescherming. De Algemene wet bestuursrecht en het Burgerlijk Wetboek vormen hierbij het algemeen kader maar de onderwijswet- en regelgeving werkt dit soms nader uit door extra rechten toe te kennen of specifieke geschilprocedures in te richten.

Ad 4) Doeltreffendheid en doelmatigheid

De elementen doeltreffendheid en doelmatigheid brengen mee dat de kwaliteit, de toegankelijkheid en de financiële doelmatigheid van het onderwijs moeten worden beschermd. Van overheid en wetgever mag worden verwacht dat zij de juiste deugdelijkheidseisen vaststellen, dat zij de toegankelijkheid tot het onderwijs waarborgen en dat zij onderwijsorganisaties voldoende ruimte geven om goed onderwijs te kunnen geven. Voor onderwijsorganisaties brengen de elementen doeltreffendheid en doelmatigheid mee dat de beschikbare publieke middelen efficiënt worden ingezet en dat zij daarover verantwoording afleggen.

3.2 ONDERWIJSRECHTELIJKE KERNBEGRIPPEN: HET BEVOEGD GEZAG

3.2.1 Vooraf

Het begrip ‘bevoegd gezag’ is misschien wel het meest centrale kernbegrip in het onderwijsrecht. Dit rechtvaardigt dat in deze paragraaf uitgebreid bij dit begrip wordt stilgestaan.

Uit de navolgende analyse van het gebruik van het begrip ‘bevoegd gezag’ blijkt dat het begrip in verschillende hoedanigheden wordt gebruikt. Het is mogelijk in de huidige onderwijswet- en regelgeving drie hoedanigheden of invalshoeken voor het begrip bevoegd gezag te onderscheiden:

1. het bevoegd gezag als drager van rechten en verplichtingen (rechtssubject);
2. het bevoegd gezag als adressaat (aanspreekpunt voor de overheid);
3. de uitoefening van openbaar gezag.

Deze drie hoedanigheden of invalshoeken beïnvloeden elkaar stelselmatig. Op basis van het antwoord op de vraag wie het bevoegd gezag is, kan worden bepaald wie een bestuursbevoegdheid bezit en wie gezag uitoefent, wie adressaat is van de onderwijswetgever en wie drager is van de diverse rechten en verplichtingen.¹² Het begrip bevoegd gezag is in het onderwijsrecht dan ook eerst en vooral een containerbegrip. Het maakt het de onderwijswetgever in theorie mogelijk om niet steeds rekening te houden met de precieze juridische hoedanigheid van de onderwijsaanbieder, de bestuursvorm, het openbare of bijzondere karakter van het onderwijs dan wel de organen van de onderwijsorganisatie. Het begrip bevoegd gezag is in die zin neutraal. Tegelijkertijd valt op dat in het onderwijs sprake is van verschillende soorten bestuursbevoegdheden, dat de vervulling van die bestuursbevoegdheden soms tevens wettelijk voorschrijft is en dat de uitoefening van bedoelde bestuursbevoegdheid aan normcondities onderhevig kan zijn.

In paragraaf 3.2.2 wordt ingegaan op de verschillende definities van het begrip bevoegd gezag in de diverse onderwijssectorwetten. Vervolgens wordt in paragraaf 3.2.3 ingegaan op de soorten bestuursbevoegdheden en de relevantie van dit onderscheid voor het begrip bevoegd gezag. In de paragrafen 3.2.4 en 3.2.5 staat het bevoegd gezag als aanspreekpunt van de overheid centraal, waarna in paragraaf 3.2.6 een voorstel tot herziening van het kernbegrip bevoegd gezag wordt geformuleerd.

12 Vgl. Zoontjens 2008, p. 111-121.

3.2.2 *Het begrip bevoegd gezag in de Wpo en de Wvo*

A. Wpo en Wvo: rechtspersoon is bevoegd gezag

De huidige in artikel 1 Wpo en artikel 1 Wvo gehanteerde definitie voor het begrip ‘bevoegd gezag’ geeft als hoofdregel aan dat de rechtspersoon die de school in stand houdt het bevoegd gezag is, tenzij de gemeente (of de gemeenschappelijke regeling) zelf in eigen beheer de school in stand houdt. Aangezien 99% van de scholen in Nederland door stichtingen of verenigingen in stand wordt gehouden, moet vrijwel altijd in de Wpo en de Wvo voor het begrip ‘bevoegd gezag’ de rechtspersoon worden gelezen.

Deze hoofdregel geldt pas sinds 2010. De verwarring over de vraag wie nu bevoegd gezag is, de rechtspersoon of een bestuurlijk orgaan binnen die rechtspersoon, is al vanaf 1968 treffend. Het ‘bevoegd gezag’ als onderwijsrechtelijk begrip treffen we voor het eerst aan in de Wet op het voortgezet onderwijs zoals die op 1 augustus 1968 in werking trad.¹³ De Mammoetwet maakte de keuze om het ‘schoolbestuur’ als ‘bevoegd gezag’ aan te duiden, maar zonder ‘schoolbestuur’ te definiëren. Uit artikel 49 Wvo 1968 konden voor het bijzonder onderwijs vervolgens twee betekenissen worden ontleend: (1) de rechtspersoon en (2) het bestuur van de rechtspersoon. Artikel 49 lid 1 Wvo 1968 bepaalde dat “de bijzondere school (...) onder het bestuur (staat) van een stichting of van een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging of instelling”. Die zinsnede duidt erop dat met ‘schoolbestuur’ de ‘rechtspersoon’ werd bedoeld. Het tweede lid van artikel 49 Wvo 1968 bepaalde echter dat “het aan de school verbonden personeel geen deel uit(maakt) van het schoolbestuur”. Dat zou betekenen dat toch het bestuur van de rechtspersoon het bevoegd gezag is. Mijn analyse is dat het zo moet worden gelezen dat al ten tijde van de invoering van de Mammoetwet het ‘schoolbestuur’ gelijk kon staan aan de ‘rechtspersoon’. Nog steeds wordt in het spraakgebruik onder schoolbestuur wel verstaan de onderwijsorganisatie of rechtspersoon. Het begrip schoolbestuur is in elk geval niet exclusief bestemd voor het bestuurlijk orgaan of het bestuur van de rechtspersoon. Het begrip kan ook duiden op de rechtspersoon zelf. Die constatering geeft aanleiding voor het formuleren van de regel dat bij een niet door de overheid in stand gehouden school, de rechtspersoon het bevoegd gezag is. Deze regel – de rechtspersoon is bevoegd gezag – werd in 1985 ook opgenomen in de Wet op het basisonderwijs.¹⁴ De regel was niet voorzien in het oorspronkelijke ontwerp maar het resultaat van een nota van wijziging en werd verder niet toegelicht.¹⁵

¹³ Stb. 1963, 40 (Mammoetwet).

¹⁴ Wet op het basisonderwijs, Stb. 1981, 468 (in werking getreden op 1 augustus 1985; Stb. 1984, 2).

¹⁵ Kamerstukken II 1978/79, 14428, nr. 5 (nota van wijziging Wet op het basisonderwijs).

In het voortgezet onderwijs was als gevolg van de Wet bestuursvormen openbaar onderwijs in de periode tussen 1997 en 2010 zelfs tijdelijk sprake van een driedeling.¹⁶ De openbare school die in stand werd gehouden door de gemeente kende het college van burgemeester en wethouders of de bestuurscommissie als bevoegd gezag. De openbare school die in stand werd gehouden door een publiekrechtelijke of private rechtspersoon kende die rechtspersoon als bevoegd gezag. Bij de bijzondere scholen ging de wettekst uit van het schoolbestuur als het bevoegd gezag, maar zonder dat duidelijk was wie met ‘schoolbestuur’ werd bedoeld: de rechtspersoon of het bestuur van de rechtspersoon? Uiteindelijk was het in 2010 de Wet goed onderwijs, goed bestuur waarin ook voor het voortgezet onderwijs als hoofdregel werd gekozen dat de rechtspersoon het ‘bevoegd gezag’ is tenzij de overheid de school zelf in stand houdt.¹⁷

Deze in 2010 gemaakte keuze was oorspronkelijk niet de opzet van de regering. In het concept dat in 2008 aan de Raad van State werd gezonden, was nog de bepaling opgenomen dat “het krachtens de wet of de statuten bevoegde orgaan van de rechtspersoon” als bevoegd gezag moest worden gezien. Dit voorstel moest duidelijk maken welk orgaan bij het raad van toezicht-model aangesproken zou moeten worden door de overheid.¹⁸ De regering zocht met dit concept aansluiting bij de in 2006 aan de Tweede Kamer gezonden maar nooit in werking getreden Wet op het hoger onderwijs en onderzoek (WHOO). In dat wetsvoorstel waren de diverse zorgplichten inzake goed bestuur aan het college van bestuur opgedragen en niet aan de onderwijsorganisatie als rechtspersoon.¹⁹ Het voorstel sloot ook aan op het pleidooi van Zoontjens, Delnooz en Vermeulen in 2006 om een dergelijke structuur te bepleiten voor al het openbaar onderwijs.²⁰ Iets eerder hadden Zoontjens en Frissen geadviseerd om het bestuur van de rechtspersoon aan te merken als bevoegd gezag en dit bevoegd gezag vervolgens te belasten met de diverse wettelijke zorgplichten.²¹

Op advies van de Raad van State werd in 2009 uiteindelijk afgezien van het aanduiden van het bestuur van de rechtspersoon als bevoegd gezag. De Raad van State merkte op dat “in de bestuursrechtelijke verhouding met de bijzondere scholen de privaatrechtelijke rechtspersoon het bevoegd gezag vormt en niet de onderdelen of organen daarvan. In het openbaar onderwijs is het bevoegd gezag daarentegen juist een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld”.²² De regering koos daarop alsnog voor de

16 Stb. 1996, 580 (Wet bestuursvormen openbaar onderwijs).

17 Stb. 2010, 80 (Wet goed onderwijs, goed bestuur).

18 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4.

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30588, nr. 2.

20 Zoontjens, Delnooz & Vermeulen 2006, p. 12, 20 en 27.

21 Zoontjens & Frissen 2005, p. 10 en p. 27.

22 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 12.

hoofdregeel om de rechtspersoon als bevoegd gezag aan te duiden. Ook bij de stichtingen voor openbaar onderwijs.²³

Artikel 1 Wpo

(...)

bevoegd gezag van volgens deze wet bekostigde scholen: voor wat betreft:

een openbare school:

1. burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en, indien de raad dit besluit, met inachtneming van door hem te stellen regelen;
2. het krachtens de desbetreffende gemeenschappelijke regeling bevoegde orgaan;
3. de openbare rechtspersoon, bedoeld in artikel 47; dan wel
4. de stichting, bedoeld in artikel 17 of artikel 48;

een bijzondere school: de rechtspersoon bedoeld in artikel 55;

een samenwerkingsschool: de stichting, bedoeld in artikel 17d;

(...).

Artikel 1 Wvo

(...)

het bevoegd gezag: voor wat betreft:

a. een openbare school:

1. burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en, indien de raad dit besluit, met inachtneming van door hem te stellen regelen;
2. het krachtens de desbetreffende gemeenschappelijke regeling bevoegde orgaan;
3. de openbare rechtspersoon, bedoeld in artikel 42a; dan wel
4. de stichting, bedoeld in artikel 42b of artikel 53c;

b. een bijzondere school: de rechtspersoon, bedoeld in artikel 49, eerste lid;

c. een samenwerkingsschool als bedoeld in artikel 53d: het bestuur van de samenwerkings-school als bedoeld in dat artikel;

(...).

Artikel 1 Wet op het voortgezet onderwijs 1968

Deze wet verstaat onder:

(...)

23 Het was overigens netter geweest als ook artikel 49 lid 2 Wvo was aangepast. Het begrip schoolbestuur had vervangen kunnen worden door het begrip bevoegd gezag. Nu bepaalt artikel 24d lid 1 Wvo dat het bevoegd gezag zorg draagt voor een goed bestuurd school met een rechtmatig bestuur en beheer, terwijl artikel 49 lid 2 Wvo bepaalt dat 'het schoolbestuur' zorg draagt voor een 'deskundig beheer'. Dat is dubbelop. Het nut van artikel 49 lid 2 Wvo ontgaat mij overigens, zeker nu het vergelijkbare artikel 56 Wpo dit tweede lid niet kent.

“het bevoegd gezag”: voor wat betreft

- a. een rijksschool: Onze minister;
- b. een gemeentelijke school: het college van burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en, indien de raad dit wenselijk oordeelt, met inachtneming van door hem te stellen regelen;
- c. een bijzondere school: het schoolbestuur.“

Artikel 49 Wet op het voortgezet onderwijs 1968

1. De bijzondere school staat onder het bestuur van een stichting of van een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging of instelling, die zich het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.
2. Het aan de school verbonden personeel maakt geen deel uit van het schoolbestuur.
3. Het schoolbestuur draagt zorg voor een deskundig beheer.

Artikel 50 Wet op het voortgezet onderwijs 1968

Het schoolbestuur kan de ouders van een onder zijn gezag staande school in de gelegenheid stellen een oudercommissie te vormen, waarvan de bevoegdheden door het schoolbestuur worden geregeld.

Artikel 1 Wet op het basisonderwijs 1985

(...)

openbare school: door een gemeente in stand gehouden school;

bijzondere school: door een natuurlijk persoon of een privaatrechtelijke rechtspersoon in stand gehouden school;

bevoegd gezag van volgens deze wet bekostigde scholen: voor wat betreft

- a. een openbare school: het college van burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en, indien de raad dit wenselijk oordeelt, met inachtneming van door hem te stellen regelen;
- b. een bijzondere school: de rechtspersoon bedoeld in artikel 35;

(...).

B. Web en Whw: college van bestuur van de onderwijsinstelling is bevoegd gezag

De voor het funderend onderwijs geldende hoofdregel dat de rechtspersoon het bevoegd gezag is, vinden we niet terug in de Web en de Whw. Beide sectorwetten wijzen namelijk het college van bestuur van de onderwijsinstelling aan als het ‘bevoegd gezag’ respectievelijk het ‘instellingsbestuur’, ook als de instelling in stand wordt gehouden door een privaatrechtelijke rechtspersoon en ongeacht de vraag of sprake is van openbaar of bijzonder onder-

wijs.²⁴ Het in de Whw gebruikte begrip ‘instellingsbestuur’ is daarbij synoniem voor het begrip ‘bevoegd gezag’.²⁵ In zowel de Web en de Whw worden publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden toegekend aan het bevoegd gezag/instellingsbestuur en het is ook het bevoegd gezag/instellingsbestuur dat geacht wordt verantwoording af te leggen over de naleving van de wet en de verkrijging en aanwending van de bekostiging.

Deze hoofdregel lijkt deels het gevolg van een combinatie van toevalligheden en begripsverwarring. De Web 1995 ging er oorspronkelijk van uit dat het bevoegd gezag van de bijzondere instelling “het bestuur van de rechtspersoon” was “waarvan de instelling uitgaat”. Deze keuze werd destijds als volgt toegelicht.

“De bestuursvorm van een roc is geregeld in hoofdstuk 9, titel 1, van het wetsvoorstel. Het bevoegd gezag van een bijzondere instelling is het bestuur van een stichting of vereniging die de instelling in stand houdt. Een roc heeft een college van bestuur of een centrale directie. Bij bestuursreglement kunnen binnen een roc verschillende organisatorische eenheden worden ingesteld. Het bevoegd gezag is hierin vrij. Het college van bestuur kan aan hem opgedragen taken en bevoegdheden weer overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid. De mogelijkheid om taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag te delegeren aan het college van bestuur en deze vervolgens door te delegeren aan het bestuur van een organisatorische eenheid, maakt een zeer flexibele en moderne organisatorische vormgeving van een roc mogelijk.”²⁶

Met de wettelijke invoeging van het raad van toezicht-model werd dit uitgangspunt in 2009 voor het middelbaar beroepsonderwijs verlaten en werd juist het college van bestuur als bevoegd gezag aangewezen.²⁷ Het waarom van deze wijziging werd oorspronkelijk niet

24 Vermeulen en Zoontjens noemden het in de Web en de Whw als bevoegd gezag/instellingsbestuur aanmerken van een bepaald orgaan van de privaatrechtelijke rechtspersoon die een bijzondere onderwijsinstelling in stand houdt, een fout van de wetgever. Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 77.

25 Dat het begrip “instellingsbestuur” gelijk is aan het begrip “bevoegd gezag” kan niet alleen worden afgeleid uit de bevoegdheden van het instellingsbestuur maar volgt ook uit de Whw zelf. Op twee plekken hanteert de Whw (volgens mij per abuis) het begrip bevoegd gezag daar waar men eigenlijk het begrip instellingsbestuur zou verwachten. Het gaat om artikel 1.20 lid 1 Whw (“Indien het instellingsbestuur op enigerlei wijze bekend is geworden dat een ten behoeve van zijn instelling met taken belast persoon zich mogelijk schuldig maakt of heeft gemaakt aan een misdrijf tegen de zeden als bedoeld in Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht jegens een minderjarige student van de instelling, treedt het bevoegd gezag onverwijld in overleg met de vertrouwensinspecteur, bedoeld in artikel 6 van de Wet op het onderwijstoezicht”) en artikel 2.9a Whw (“Onze Minister is bevoegd tot verrekening van vorderingen krachtens deze wet van of op het bevoegd gezag van een instelling met vorderingen van of op Onze Minister krachtens een andere wet”).

26 Kamerstukken I 1995/96, 23778, nr. 13b, p. 30.

27 Wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs inzake colleges van bestuur en raden van toezicht (Wet Stb. 2009, 151; dossier 30599).

gemotiveerd.²⁸ Het heeft er veel van weg dat de regering er van uitging dat veel colleges van bestuur ook het bestuur van de rechtspersoon zouden vormen en dat zij overigens niet wenste te treden in de inrichting van de rechtspersoon. Zij koos ervoor zich te richten op de verdeling van taken en bevoegdheden binnen de door de rechtspersoon in stand gehouden onderwijsinstelling en niet op de verdeling van taken en bevoegdheden binnen de rechtspersoon (en tussen statutaire bestuursorganen). De nota naar aanleiding van het verslag lijkt dit te bevestigen.

“Het rechtspersonenrecht in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek kan in dit geval voor een oplossing zorgen. Dit recht blijft onverkort van toepassing. Het is niet de bedoeling van dit wetsvoorstel om de verhoudingen binnen een rechtspersoon te regelen. Het gaat slechts om het in het leven roepen van een verplichting om bij een instelling een college van bestuur en een raad van toezicht te hebben.”²⁹

Met de wijziging in 2009 koos de onderwijswetgever indirect voor de mogelijkheid tot een splitsing tussen het statutair bestuur van de rechtspersoon en een college van bestuur en een raad van toezicht op het niveau van de onderwijsinstelling. Het college van bestuur van de onderwijsinstelling kan, uitgaande van de definitiebepaling in de Web van het begrip het bevoegd gezag, samenvallen met het bestuur van de rechtspersoon. Dat is echter geen verplichting. Staatssecretaris Van Bijsterveldt bevestigde dat en overwoog dat het betreffende wetsvoorstel weliswaar de verhoudingen tussen het college van bestuur van de onderwijsinstelling en de raad van toezicht regelde, maar het Burgerlijk Wetboek de bepalingen bevatte over het bestuur van de rechtspersoon.³⁰ Het effect van de aanduiding van het college van bestuur van de onderwijsinstelling als bevoegd gezag is dan ook dat niet alleen de rechtspersoon niet het bevoegd gezag is, maar ook dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen het bestuur van de rechtspersoon en het bestuur van de onderwijsinstelling.³¹

Ook bij de bijzondere universiteiten en de bijzondere hogescholen kan een onderscheid worden gemaakt tussen het bestuur van de rechtspersoon en het bestuur van de onderwijs-

28 *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 3, p. 6.

29 *Kamerstukken II* 2006/07, 30599, nr. 6, p. 6.

30 *Handelingen I* 2008/09, 24, p.1200.

31 Het maken van een onderscheid tussen rechtspersoon en instelling wordt ook doorgetrokken op het niveau van de raad van toezicht. Artikel 9.1.4 Web lid 1 geeft bijvoorbeeld aan: “Een bijzondere instelling heeft een college van bestuur en een raad van toezicht.” Artikel 10.3d lid Whw bepaalt: “Een hogeschool heeft een raad van toezicht”. Beide bepalingen suggereren op zijn minst dat een onderscheid mogelijk is tussen de raad van toezicht van de rechtspersoon en de raad van toezicht van de instelling.”

instelling.³² Het college van bestuur van de onderwijsinstelling kan gelijk zijn aan het bestuur van de (privaatrechtelijke) rechtspersoon maar dat is geen voorwaarde voor bekostiging. De Tijdelijke wet taakverdeling w.o. duidde oorspronkelijk nog het bestuur van de rechtspersoon waarvan de openbare of bijzondere instelling uitging aan als ‘instellingsbestuur’. Deze wet kreeg vanwege de haast grote kritiek van de Raad van State en de Onderwijsraad maar kwam inhoudelijk overeen met het bepaalde in de Wet hoger beroepsonderwijs uit 1986.³³ In de Whw 1992 werd de regel dat het bestuur van de rechtspersoon het instellingsbestuur is, door de onderwijswetgever bevestigd.³⁴

Artikel 1.1 lid 1 sub j Whw 1992

instellingsbestuur:

- voor zover het een bijzondere instelling betreft: het bestuur van de rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid waarvan die instelling uitgaat; (...)
- voor zover het een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid betreft: het ingevolge deze wet ter zake bevoegde orgaan;

In 2011 koos de regering er echter voor om deze regel aan te passen en het college van bestuur van de openbare of bijzondere instelling aan te duiden als het instellingsbestuur in plaats van het bestuur van de rechtspersoon. Deze wijziging is te vinden in de Wet versterking besturing hoger onderwijs.³⁵ De wijziging werd gemotiveerd met de opmerking dat de bepaling uit 1992 “obsoleet” zou zijn en “bepaalde bevoegdheden geattribueerd (worden) aan het college van bestuur”.³⁶ Waarom de bepaling uit 1992 obsoleet zou zijn, werd door de regering niet toegelicht.³⁷ Hoogstens kan men stellen dat net als in het mid-

32 Het maken van een onderscheid tussen rechtspersoon en instelling wordt ook doorgetrokken op het niveau van de raad van toezicht. Artikel 9.1.4 Web lid 1 geeft bijvoorbeeld aan: “Een bijzondere instelling heeft een college van bestuur en een raad van toezicht.” Artikel 10.3d lid Whw bepaalt: “Een hogeschool heeft een raad van toezicht”. Beide bepalingen suggereren op zijn minst dat een onderscheid mogelijk is tussen de raad van toezicht van de rechtspersoon en de raad van toezicht van de instelling.”

33 *Kamerstukken II* 1982/83, A en C, Onderwijsraad, *Advies Ontwerp van Wet taakverdeling w.o.*, Den Haag, 25 maart 1983 en *Kamerstukken I* 1985/86, 19051, nr. 168a (artikel A.1).

34 Deze hoofdregel had bijvoorbeeld als gevolg dat in de jaren dat de Vereniging VU-Windesheim zowel de Vrije Universiteit als de hogeschool Windesheim in stand hield, het algemeen bestuur van die vereniging en dus niet het college van bestuur werd aangeduid als het instellingsbestuur. Dit algemeen bestuur bestond uit leden van het college van bestuur van VU-Windesheim en van de raad van bestuur van het academisch ziekenhuis VUmc. Zie artikel 12 lid 1 statuten Vereniging VU-Windesheim, 2 juni 2007. In 2016 en na de verzelfstandiging van Windesheim bepalen de statuten van de Stichting VU dat het college van bestuur het bestuur van de stichting is en dat dit college van bestuur tevens het instellingsbestuur vormt van de VU. Zie artikel 1.1 statuten Stichting VU, zoals die luiden op 1 januari 2016.

35 Wet versterking besturing (Stb. 2010, 119; dossier 31821).

36 *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 3, p. 45.

37 Een mogelijke verklaring kan zijn dat bij de bijzondere universiteiten in Nijmegen en Amsterdam destijds sprake was van een situatie waarbij één rechtspersoon zowel een universiteit als een academisch ziekenhuis

delbaar beroepsonderwijs, de regering uitging van de gegroeide praktijk dat bij een raad van toezicht-model het instellingsbestuur ook het bestuur van de rechtspersoon is. Het ontbreekt echter aan een expliciete motivering van de keuze om niet de rechtspersoon (of desnoods het bestuur van de rechtspersoon) maar het bestuursorgaan van de instelling aan te wijzen als instellingsbestuur.

Artikel 1.1.1 Web

v1. college van bestuur van een bijzondere instelling: het orgaan van de instelling dat als zodanig in de statuten is aangewezen;

w. bevoegd gezag:

1. wat een openbare instelling betreft: het college van burgemeester en wethouders, voor zover de raad niet anders bepaalt, en, indien de raad dit wenselijk oordeelt, met inachtneming van door hem te stellen regelen, dan wel het krachtens de desbetreffende gemeenschappelijke regeling bevoegde orgaan;
2. wat een bijzondere instelling betreft: het college van bestuur, of indien artikel 9.1.8 is toegepast, het bestuur van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat;
3. wat een instelling als bedoeld in de artikelen 1.4.1 dan wel 1.4a.1 betreft: het bestuur van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat, dan wel de natuurlijke persoon die de instelling in stand houdt;
4. wat een exameninstelling als bedoeld in artikel 1.6.1 betreft: het bestuur van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat;

Artikel 1.1 Whw

(...)

- h. openbare instelling: een instelling die uitgaat van een publiekrechtelijke rechtspersoon;
- i. bijzondere instelling: een instelling die uitgaat van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid;
- j. instellingsbestuur:
van een bekostigde instelling: het college van bestuur, tenzij anders bepaald;
(...).

C. Debat over begrip ‘bevoegd gezag’

De huidige keuze voor de hoofdregel in het primair en voortgezet onderwijs dat de rechtspersoon het bevoegd gezag is, is voor een deel te verklaren vanuit de behoefte om duidelijkheid te verkrijgen over wie nu adressaat is van rechten en verplichtingen. Alleen

in stand hield. Dit had voor hen als gevolg dat het bestuur van de rechtspersoon het instellingsbestuur was van de universiteit terwijl beide instellingen tevens een college van bestuur respectievelijk raad van bestuur hadden bestaande uit bestuurders van de rechtspersoon.

al de wetsgeschiedenis bij de Wet goed onderwijs, goed bestuur maakt inzichtelijk dat die duidelijkheid soms zelfs voor de minister ver te zoeken is. Zo merkte de regering in de Eerste Kamer op: “De heer Dölle vraagt verder of het wetsvoorstel ook slaat op het bestuur van de rechtspersoon die de onderwijsinstelling houdt niet zijnde het bevoegd gezag. Ik ken niet zo heel veel besturen van rechtspersonen niet zijnde het bevoegd gezag. Ik wil wel helder stellen dat het wetsvoorstel er wel op slaat.”³⁸ Dit antwoord is gelet op voormelde hoofdregel onleesbaar.

De duidelijkheid over wie nu adressaat is van rechten en verplichtingen wordt in het primair en voortgezet onderwijs van oudsher beperkt door het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs en is verder gecompliceerd door de keuze voor stichtingen voor openbaar onderwijs. Onder de verzuchting dat het begrippenschema een ratjetoe was, formuleerden Vermeulen en Zoontjens het grondschema in 2000 als volgt.

“Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen houden onderwijsinstellingen in stand; het bestuur van die instellingen ligt in handen van bestuursorganen (openbaar onderwijs) respectievelijk van privaatrechtelijke rechtspersonen die tevens instandhouder zijn (bijzonder onderwijs).”³⁹

De Raad van State onderschreef dit grondschema in 2009.⁴⁰ Bij het openbaar onderwijs dat onderdeel uitmaakt van de overheid wordt aansluiting gezocht bij de gelijkenis tussen het begrip bevoegd gezag en de organisatorische benadering van het begrip bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder a Awb. Die organisatorische benadering stelt het ambt, het bestuursorgaan, voorop. Betekent dit nu echter dat bij stichtingen voor openbaar onderwijs, het civielrechtelijk bestuursorgaan het bevoegd gezag behoort te zijn en niet de rechtspersoon? Zoontjens en Vermeulen waren in 2000 van mening dat dat inderdaad wenselijk was. Bij alle openbare scholen, ongeacht of deze in stand worden gehouden door een publiekrechtelijke of een private rechtspersoon, bestond volgens hen de mogelijkheid om het bestuursorgaan van die rechtspersoon aan te wijzen als bevoegd gezag.⁴¹ Hun motivering was gelegen in de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs, alsmede de eisen van legaliteit, de regeling van het openbaar onderwijs door de wetgever en de overheersende invloed van de overheid op het openbaar onderwijs; ook voor zover het betrof het verzelfstandigd openbaar onderwijs.

38 *Handelingen I* 2009/10, 17, p. 734.

39 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 77.

40 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 12.

41 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 82-83.

Overes en Huisman adviseerden in 2014 echter anders. In een noot bij hun advies over de juridisch geadresseerde van de aanwijzingsbevoegdheid in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs merkten zij op dat de visie van Zoontjens en Vermeulen onjuist is.⁴² Een consequentie van de verzelfstandiging van het openbaar onderwijs en het gebruik door de overheid van privaatrechtelijke rechtspersonen, is volgens hen dat die rechtspersoon bevoegd gezag is. De overheid staat door de verzelfstandiging van het openbaar onderwijs meer op afstand en dient terughoudend te zijn ten aanzien van de interne bestuursorganisatie. Het door de onderwijswetgever aanduiden van een bestuurlijk orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon als bevoegd gezag, ook als die openbaar onderwijs verzorgt, past volgens hen niet bij de terughoudendheid die komt met de afstand tussen overheid en onderwijsorganisaties. Deze opmerking sluit aan bij de in de jaren negentig gemaakte keuze voor verzelfstandiging en de opvattingen van de Raad van State. Ook de Raad van State liet immers in 1994 de mogelijkheid open dat bij stichtingen voor openbaar onderwijs de rechtspersoon bevoegd gezag is.⁴³

Het belang van het begrip bevoegd gezag komt in beeld op het moment dat behoefte bestaat aan het maken van een onderscheid tussen (a) de rechtspersoon als drager van rechten en verplichtingen en (b) personen of organen als praktisch aanspreekpunt van de overheid. Die behoefte komt onder meer in beeld bij de in hoofdstuk 5 te bespreken aanwijzingsbevoegdheid en wordt duidelijk uit de toelichtingen op die bevoegdheid. Het eerste onderstaande citaat duidt op de rechtspersoon als het formele aanspreekpunt. In het tweede citaat wordt in de eerste volzin echter het begrip bevoegd gezag gebruikt als substituut voor het bestuurlijk orgaan waarna in de direct daaropvolgende volzin de rechtspersoon wordt bedoeld. Het tweede citaat is gezien in het licht van de huidige wettelijke formulering van zowel het begrip bevoegd gezag als de aanwijzingsbevoegdheid in de Wpo en de Wvo uiteraard onjuist.

“De rechtspersoon is het aanspreekpunt. Voor aanwijzing, uitvoering van functiescheiding of opdrachten van kwalitatieve kant, rekenen, taal – zoals genoemd – spreken wij de rechtspersoon aan.”⁴⁴

“Aangezien de aanwijzing het directe gevolg is van het bestuurlijk handelen of nalaten van een bevoegd gezag of de intern toezichthouder van de rechtspersoon, roept het de vraag op hoe deze mogelijkheid zich verhoudt tot de grondwettelijke vrijheid van inrichting en dan in het bijzonder van de organi-

42 Huisman & Overes 2014, p. 11-12.

43 *Kamerstukken II* 1993/94, 23134, nr. A, p. 7.

44 *Handelingen I* 2009/10, 17, p. 734.

satie van het onderwijs. Leidt deze bevoegdheid niet tot een risico van te vergaande inmenging van de overheid in het domein van het bevoegd gezag?”⁴⁵

Overziet men het debat over de definitie van het begrip bevoegd gezag, dan lijkt de verwarring te worden beïnvloed doordat in alle onderwijssectoren sprake is van verschillende soorten bestuursbevoegdheden en behoefte bestaat aan een praktisch aanspreekpunt voor de overheid naast het formele aanspreekpunt. In de paragrafen 3.2.3 en 3.2.4 wordt hier verder op ingegaan. Het ligt vanuit rechtspersonenrechtelijk perspectief voor de hand om op het moment dat sprake is van een bestuursbevoegdheid die tevens een wettelijke verplichting omvat en waarvan de vervulling een voorwaarde voor bekostiging is, de onderwijsorganisatie (lees: de rechtspersoon) aan te merken als het aanspreekpunt van de overheid en drager van die verplichting; en dus niet een bestuurlijk (civielrechtelijk) orgaan of lid van een bestuurlijk orgaan.

3.2.3 *Bestuursbevoegdheden in het onderwijs*

A. Toekenning en bevestiging van bestuursbevoegdheden: drie categorieën

Het algemeen rechtspersonenrecht gaat uit van de regel dat het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon. Deze ‘bestuursbevoegdheid’ is alomvattend en kan slechts volgens de statuten of de wet worden beperkt.⁴⁶ De bijzondere onderwijswet- en regelgeving gaat juist niet uit van alomvattendheid maar kent onderwijsrechtelijke ‘bestuursbevoegdheden’ toe aan normadressaten of bevestigt het bestaan van bestuursbevoegdheden.⁴⁷ In enkele gevallen worden deze bestuursbevoegdheden toegekend aan een specifiek ambt (schooldirecteur, rector, examencommissie) maar in de meeste gevallen wordt bij de toekenning van de bestuursbevoegdheid gebruikgemaakt van het neutrale begrip bevoegd gezag. Gelet op de in paragraaf 3.2.2 beschreven definities van dat begrip heeft dit als gevolg dat voor de hoofdmoot van de bestuursbevoegdheden geldt dat die in het primair en voortgezet onderwijs worden toegekend aan de rechtspersoon en in het middelbaar en hoger onderwijs aan het college van bestuur van de onderwijsinstelling. Dat alleen al wekt

45 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 5. Dit ondanks het gegeven dat in meerdere reacties op het conceptwetsvoorstel vraagtekens waren gezet bij het gebruik van de termen bevoegd gezag en bestuur en de regering in die toelichting had aangegeven dat het wetsvoorstel en de toelichting daarop waren aangepast, “zodat de begrippen helder zijn en eenduidig te interpreteren” (*Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 22.)

46 Onder meer Rensen hanteert in dit verband het begrip ‘bestuursbevoegdheid’. Die bestuursbevoegdheid is alomvattend behoudens de wet of de statuten. Rensen 2015a, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, 5 BW art. 2:291, A en C.5.

47 De keuze voor het hanteren van het begrip ‘bestuursbevoegdheid’ is ontleend aan Zijlstra 2012b, p. 434. Zijlstra bespreekt hier ook het normenlogisch onderscheid tussen ‘het bevoegd zijn tot’ en het ‘het bevoegd en verplicht zijn tot’.

verwarring. Die verwarring wordt nog verder versterkt doordat het antwoord op de vraag wie bevoegd gezag is, ook afhankelijk is van de bestuursvorm en het bestuursmodel.

Het voorgaande roept de vraag op of het begrip bevoegd gezag en de huidige definitie daarvan wel passend is. Lezing van de in de Wpo, Wvo, Web en Whw opgenomen en beschreven bestuursbevoegdheden leert dat sprake is van te verschillende categorieën bestuursbevoegdheden en dat ook het juridisch karakter van deze bestuursbevoegdheden onderling afwijkt. Zo duidt bijvoorbeeld de in de onderwijswetgeving beschreven bestuursbevoegdheid tot het afgeven van een getuigschrift vooral op de bevoegdheid om iets te mogen doen, terwijl de bestuursbevoegdheid tot het vaststellen van een schoolplan of onderwijs- en examenregeling mede een verplichtend karakter heeft. Het niet vaststellen van schoolplan kan tot bekostigingssancties leiden.

Analyse van de diverse bestuursbevoegdheden die in de onderwijswetgeving aan normadresaten worden toegekend of toegedicht leert dat een onderverdeling mogelijk is in drie categorieën:

1. bestuursbevoegdheden tot het verrichten van rechtshandelingen gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg;
2. bestuursbevoegdheden tevens inhoudende een wettelijk voorschrift;
3. het benoemen casu quo bevestigen van een (privaatrechtelijke) bestuursbevoegdheid en/of het nader reguleren van de uitoefening van die bestuursbevoegdheid.

Ad 1) Bestuursbevoegdheden tot het verrichten van rechtshandelingen gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg

Om onderwijs te kunnen geven is het wenselijk om vast te kunnen stellen of en welk eindniveau een leerling, deelnemer of student aan het einde van het onderwijstraject heeft behaald. Leerlingen en studenten hebben daar ook behoefte aan omdat het hun rechten geeft op toelating tot vervolgonderwijs of het gebruiken van een wettelijk erkende titel. In de sectorwetten treffen we om die reden een aantal bestuursbevoegdheden aan die het expliciet mogelijk maken dergelijke rechtshandelingen te verrichten met publiekrechtelijk rechtsgevolg. Deze categorie bestuursbevoegdheden bestaat vooral uit op individuele personen gerichte vaststellingsbevoegdheden.

Het bekendste voorbeeld binnen deze categorie bestuursbevoegdheden is die van het verlenen van een getuigschrift in het hoger onderwijs.⁴⁸ De graad wordt verleend door het instellingsbestuur, de examencommissie reikt het getuigschrift uit en diezelfde examencommissie moet vaststellen of de student voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen

48 ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446 m.nt. B.P. Vermeulen.

van de graad (artikel 7.11, 7.12 en 7.58 Whw). Het besluit tot het uitreiken van een getuigschrift kent een publiekrechtelijke grondslag en is gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg. Dit besluit kan worden voorgelegd aan het College van Beroep voor de Examens en uiteindelijk aan het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs. Dat geldt zowel voor het openbaar onderwijs als voor het bijzonder onderwijs.⁴⁹ Een ander voorbeeld in het hoger onderwijs van een bestuursbevoegdheid met een publiekrechtelijke grondslag waarvan de uitoefening zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs publiekrechtelijk rechtsgevolg heeft, is de bevoegdheid van het instellingsbestuur tot verstrekking van een bindend studieadvies of de verwijzing in de postpropedeutische fase (artikel 7.8b en 7.9 Whw).

In het middelbaar beroepsonderwijs besluit de examencommissie over uitreiking van het diploma. Het bevoegd gezag (lees: het college van bestuur van de instelling) moet deelnemers in de gelegenheid stellen een examen af te leggen (artikel 7.4.2 lid 1 Web) en draagt zorg voor een goede organisatie en kwaliteit van de examinering (artikel 7.4.8 Web), terwijl de examencommissie zich richt op de organisatie en het afnemen van de examens, en ten bewijze van het met goed gevolg afleggen van het examen een getuigschrift uitreikt (artikel 7.4.5 en 7.4.6 Web). De bestuursbevoegdheid van de examencommissie kent een publiekrechtelijke grondslag en het daaruit voortvloeiende besluit is gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg voor de student. Het besluit van de examencommissie kan in dit geval worden voorgelegd aan de Commissie van Beroep voor de Examens (artikel 7.5.1 Web).

In het voortgezet onderwijs en primair onderwijs zijn vergelijkbare bestuursbevoegdheden te vinden. Het eindexamen wordt afgenomen door de directeur van de school (artikel 29 lid 2 Wvo). Het cijfer voor het centraal eindexamen wordt vastgesteld door de directeur en die directeur reikt ook het getuigschrift uit (artikel 42 lid 2 en 52 Eindexamenbesluit VO). In de Wpo is geregeld dat “het bevoegd gezag” het schooladvies vaststelt (artikel 42 lid 2 Wpo). Vervolgens baseert het bevoegd gezag van de school voor voortgezet onderwijs zijn besluit tot toelating op dat basisschooladvies (artikel 27 lid 1c Wvo). In deze drie situaties is steeds sprake van een toegekende bestuursbevoegdheid om een besluit te mogen nemen en dat onderliggende besluit heeft publiekrechtelijk rechtsgevolg voor de leerling.

Het uitoefenen van deze bestuursbevoegdheden gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg veronderstelt dat degene die die bestuursbevoegdheid uitoefent, beschikt over openbaar gezag. Onder openbaar gezag wordt verstaan de bevoegdheid publiekrechtelijke rechtshan-

49 Vgl. ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273, AB 2007, 41 m.nt. B.P. Vermeulen en JB 2006, 257 m.nt. H. Peters (Hogeschool Zuyd) en ABRvS 11 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9914, JB 2006, 322 m.nt. H. Peters (ROC West-Brabant).

delingen te verrichten, inhoudende de publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten vast te stellen.⁵⁰

Aandachtspunt in deze is dat het aantal bestuursbevoegdheden dat tot deze categorie kan worden gerekend uiteindelijk beperkt is. De meeste beslissingen bij het geven van onderwijs zijn in beginsel namelijk niet gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg. Beslissingen over proefwerken of overgaan worden doorgaans aangemerkt als feitelijke handelingen. Het gaat in veel van deze gevallen om individuele beoordelingsbeslissingen waarbij geen sprake is van de uitoefening van openbaar gezag als bedoeld in de Awb.⁵¹ Beoordelingsbeslissingen kunnen soms wel indirect een publiekrechtelijk rechtsgevolg hebben maar zij ontberen in de regel een direct publiekrechtelijk rechtsgevolg. Het kunnen beoordelen van voortgang, kennis en competenties is ook primair een recht dat voortvloeit uit de onderlinge rechtsverhouding tussen onderwijsorganisatie en leerling/student die uit zijn aard ongelijkwaardig is.

De precieze status van besluiten inzake toelating, inschrijving, verwijdering en schorsing verschilt per onderwijssector en per bestuursvorm. Voor het openbaar onderwijs wordt zonder meer aangenomen dat voormelde besluiten kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Toch acht soms ook de burgerlijke rechter zich bevoegd en bij voorlopige voorzieningen over bijvoorbeeld toelatingen wordt de precieze kwalificatie vaak in het midden gelaten.⁵² Dergelijke besluiten vloeien voor zover sprake is van bijzonder onderwijs echter voort uit de privaatrechtelijke verhouding en de fictie van de civielrechtelijke onderwijsovereenkomst.⁵³ Om die reden wordt in het bijzonder primair en voortgezet onderwijs aangenomen dat de burgerlijke rechter bevoegd is.⁵⁴ Niettemin kan worden opgemerkt dat het effect van dergelijke besluiten mogelijk is dat de ouders van de betreffende leerling (tijdelijk) niet voldoen aan de Leerplichtwet 1969. Artikel 63 Wpo beschrijft expliciet de bezwaarprocedure bij geschillen over toelating en verwijdering tot het bijzonder onderwijs, maar zonder zich uit te spreken over de eventuele beroepsprocedure. In artikel 27 Wvo wordt gewezen op de bijzondere bezwaarprocedure bij toelatingen en verwijderingen, maar alleen voor besluiten van het bevoegd gezag van een openbare school wordt aangegeven dat in afwijking van de artikelen 7:10 en 7:24 Awb kortere termijn-

50 Zijlstra 2009, p. 48 en Borman 1994, p. 99.

51 Zootjens en Vermeulen 2012, p. 166-169.

52 Rb. Utrecht (vz) 23 november 2000, ROR 2000-2002, 12 m.nt. B. Vermeulen, Rb. Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4085, NJF 2015/366 (matching voortgezet onderwijs Amsterdam), Rb. Haarlem 3 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD2977 (Loting Stedelijk Gymnasium Haarlem), Rb. Amsterdam 8 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL6789 (Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam) en Rb. Amsterdam 1 maart 2013 (Amstelveen College), niet gepubliceerd.

53 Zie o.a. Louw 2011, p. 294 en Zootjens en Vermeulen 2012, p. 166-169.

54 Laemers 2011, p. 136-142.

nen kunnen worden bepaald bij AMvB. Ook nu laat de onderwijswetgever de precieze status van deze besluiten voor het bijzonder onderwijs in het midden. Er is mijns inziens in het belang van geschilbeslechting iets voor te zeggen dat in spoedeisende gevallen de lagere rechter de precieze kwalificatie in het midden laat en minder zwaar tilt aan procesrechtelijke vraagstukken, zeker als alle betrokken partijen daarmee voorafgaand aan de uitspraak instemmen.

Ad 2) Bestuursbevoegdheden tevens inhoudende een wettelijk voorschrift

De tweede categorie bestuursbevoegdheden bestaat uit die bestuursbevoegdheden die verplichten tot het vaststellen van een algemene regeling of het verrichten van een specifieke rechtshandeling. Voorbeelden zijn de bestuursbevoegdheden tot het vaststellen van het schoolplan en de schoolgids (artikel 12 en 13 Wpo) en de klachtenregeling (artikel 14 lid 2 Wpo), de bevoegdheid tot vaststelling van het onderwijsaanbod en het onderwijsprogramma (artikel 6.1.1 en artikel 7.2.7 Web) of de vaststelling van de onderwijs- en examenregeling (artikel 7.13 Whw). Tot deze categorie behoren ook het instellen van de examencommissie en de benoeming van haar leden (artikel 7.4.5 Web en 7.12a Whw). Ook de verplichtingen tot rechtmatige besteding van de publieke bekostiging valt mijns inziens binnen deze categorie (artikel 148 Wpo, artikel 99 Wvo, artikel 2.5.3 Web en artikel 2.9 Whw). Het betreft hier immers de bevoegdheid van het bevoegd gezag om publieke bekostiging te besteden met dien verstande dat de uitoefening van die bevoegdheid wel verplicht is en dat de besteding van bekostiging aan geschreven en ongeschreven normcondities is gebonden.

N.B. Voor de openbare universiteiten geldt dat de Whw een deel van deze categorie bestuursbevoegdheden wel toedeelt aan het instellingsbestuur maar tegelijkertijd de decaan van de faculteit belast met de uitoefening ervan (artikel 9.15 lid 1 Whw). De decaan legt over de uitoefening van deze bestuursbevoegdheden geen verantwoording af aan de overheid maar intern aan het college van bestuur (artikel 9.16 Whw).

De vervulling van deze categorie ‘verplichte bestuursbevoegdheden’ is voor de normadressaat een wettelijk voorschrift, daarmee een wettelijke verplichting en als gevolg ook een voorwaarde voor bekostiging. De vervulling van de bestuursbevoegdheid kan als zodanig door de overheid worden gevorderd. De overheid houdt, bij monde van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO, toezicht op de vraag of de normadressaat de bewuste bestuursbevoegdheden verwezenlijkt en daarmee op de naleving van de bevoegdheid als wettelijk voorschrift.

De vervulling van bestuursbevoegdheden kan niet alleen een wettelijk voorschrift zijn maar de uitoefening kan ook aan nadere normcondities zijn gebonden. Die normcondities

kunnen zien op de minimale inhoud (wat moet de schoolgids regelen en beschrijven), op het proces van totstandkoming en besluitvorming (advies- en/of instemmingsrechten) of beperkingen omvatten (bekostiging alleen besteden aan specifieke kostenposten). Ook voor de naleving van deze normcondities geldt dat zij, voor zover ze zijn beschreven in de onderwijssectorwet, wettelijk voorschrijf zijn en dus een voorwaarde voor bekostiging vormen.

Ad 3) Nader gereguleerde (privaatrechtelijke) bestuursbevoegdheden

De derde categorie bestuursbevoegdheden in de onderwijswetgeving wordt gevormd door die in de onderwijswetgeving beschreven bestuursbevoegdheden waarvan de uitoefening nader door de wetgever is gereguleerd. In het primair en voortgezet onderwijs kan bijvoorbeeld worden gewezen op de bevoegdheid een school op te richten en te stichten, een school op te heffen of te sluiten, te besluiten tot fusie of te verzoeken om een voorziening in de huisvesting. Tot voor kort gold voor de stichtingen voor primair en voortgezet openbaar onderwijs dat de bevoegdheid tot opheffing van de openbare school was voorbehouden aan de gemeenteraad (artikel 48 lid 5 Wpo en artikel 42b lid 5 Wvo). Met ingang van 2014 geldt die beperking alleen nog maar voor het voortgezet onderwijs.⁵⁵ De bevoegdheid tot bestuursoverdracht is niet toegekend aan het bevoegd gezag maar aan de rechtspersoon die de onderwijsinstelling in stand houdt en hieraan zijn verplichtingen verbonden ter bescherming van het personeel (artikelen 49 en 56 Wpo en artikelen 42c en 50 Wvo). De onderwijswetgeving gaat er ook van uit dat het de rechtspersoon is die overgaat tot juridische en institutionele fusie van onderwijsinstellingen (artikel 64b Wpo, artikel 53f Wvo, artikel 2.1.10 Web en artikel 16a Whw). De uitoefening van deze laatste bestuursbevoegdheid is nader gereguleerd met de fusietoets en een goedkeuringsrecht voor de minister van OCW.

In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs kan ook worden gewezen op bestuursbevoegdheden betreffende de start of beëindiging van een opleiding of het besluit tot fusie en/of opsplitsing van het roc of de hogeschool. De bevoegdheid tot het starten en beëindigen van een opleiding is in deze twee sectoren toegekend aan het college van bestuur als bevoegd gezag/instellingsbestuur (artikel 6.1.1 Web, artikel 6.2 Whw). De bevoegdheid tot de voor een fusie noodzakelijke bestuursoverdracht berust daarentegen bij de rechtspersoon die de bijzondere instelling in stand houdt (artikel 9.1.3 Web en artikel 16.15 Whw). In het hoger onderwijs vormt het instellingscollegegeld een bijzonderheid (artikel 7:46 Whw). De vaststelling van dat instellingscollegegeld is benoemd als een bevoegdheid van het instellingsbestuur, maakt – voor zover sprake is van bijzonder onderwijs –

55 Stb. 2013, 385 (Wet stichting en opheffing van openbare scholen door verzelfstandigde besturen in het primair onderwijs).

onderdeel uit van de civielrechtelijke onderwijsovereenkomst, maar is wel gereguleerd door het aan artikel 7:46 Whw ten grondslag liggende beginsel dat dit instellingscollegegeld niet excessief hoger mag zijn dan de kosten van het onderwijs waarvoor het instellingscollegegeld verschuldigd is.

Een verschil met de eerste twee categorieën bestuursbevoegdheden is dat voor private rechtspersonen geldt dat zij uit hun aard reeds bevoegd zijn om bijvoorbeeld te besluiten tot de overdracht van activa en passiva zoals noodzakelijk is bij een bestuursoverdracht. Die bestuursbevoegdheid volgt uit hun rechtspersonenrechtelijke taak en bevoegdheid om te besturen. In een aantal gevallen kiest de onderwijswetgever er echter voor om deze bestuursbevoegdheid te beperken. Dat is anders bij publiekrechtelijke rechtspersonen. Voor hen geldt bijvoorbeeld dat het bestuurlijk kunnen overdragen van een onderwijsinstelling in de eerste plaats een bevoegdheidstoekenning behoeft waarna de uitoefening van die toegekende bevoegdheid aan nadere wettelijke beperkingen kan worden onderworpen.

B. Waarde van onderverdeling in categorieën bestuursbevoegdheden voor inzicht in begrip bevoegd gezag

Wat is nu de waarde van deze onderverdeling in categorieën bestuursbevoegdheden? Het lastige in het onderwijs is dat de onderwijswetgeving wel het begrip bevoegd gezag als centraal begrip hanteert maar dat de definitie van dat begrip per onderwijssector verschilt en wie met dat begrip wordt bedoeld afhankelijk is van het openbare of bijzondere karakter van de onderwijsinstelling, van de precieze bestuursvorm en van het bestuursmodel. Hierdoor is niet altijd duidelijk wie de normadressaat van de onderwijswetgever is en wie dus wettelijk benoemde bestuursbevoegdheid bezit. Is dat de rechtspersoon, het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon, het bestuursorgaan van de onderwijsinstelling of een ander aan te duiden ambt binnen de onderwijsinstelling?

Beziet men de drie verschillende categorieën bestuursbevoegdheden dan valt op dat bij de eerste categorie bestuursbevoegdheden de onderwijswetgever er regelmatig voor kiest die toe te kennen aan directeuren, (instellings)besturen of examencommissies als ambten of bestuursorganen binnen de onderwijsinstelling. Dit sluit aan op het publiekrechtelijke uitgangspunt dat niet de rechtspersoon maar het ambt de drager is van publiekrechtelijke rechten en verplichtingen.⁵⁶ Omdat echter in het primair en voortgezet onderwijs meestal

56 Zijlstra 2009, p. 43-44 en Zijlstra 2012, p. 440. Langemeijer lijkt dit impliciet te bevestigen voor het onderwijs in zijn conclusie bij SCAU/universiteiten. Het bestuur van een instelling van bijzonder onderwijs wordt aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, lid 1 onder b, Awb voor zover het een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid uitoefent, bijvoorbeeld bij een beslissing over de uitreiking van een getuigschrift waaraan de betrokken student wettelijk rechten kan ontleenen. Conclusie A-G Langemeijer, HR 22 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (CSAU/Universiteiten), met verwijzing naar ABRvS 19 juli

de rechtspersoon het bevoegd gezag is, wordt dit publiekrechtelijke uitgangspunt soms geschonden bij de toekenning van een tot de eerste categorie behorende bestuursbevoegdheid. Voorbeelden daarvan zijn de vaststelling van het schooladvies (artikel 42 lid 2 Wpo) en de toelating tot de school (artikel 27 lid 1 c Wvo). Volgens de wet is het dan toch de rechtspersoon die dat besluit neemt. Het tweede dat opvalt aan de eerste categorie bestuursbevoegdheden is dat het verplichtende karakter beperkt is. Er bestaat wel de verwachting dat de bestuursbevoegdheid wordt vervuld en er gelden doorgaans normcondities voor die vervulling, maar de wijze waarop de bestuursbevoegdheid in individuele gevallen wordt vervuld is primair debat van de eventueel daaropvolgende bezwaarprocedure van de leerling of student. De wijze waarop deze categorie bestuursbevoegdheden wordt vervuld, wordt eigenlijk niet beoordeeld via de lijn van het externe toezicht en de bekostiging.

De scope van de tweede categorie bestuursbevoegdheden is een geheel andere. Het gaat binnen deze categorie om bestuursbevoegdheden die de normadressaat – binnen de grenzen van de bij de bestuursbevoegdheid behorende normcondities – verplichten tot het daadwerkelijk verrichten van een specifieke rechtshandeling. De vervulling van deze tweede categorie bevoegdheden heeft in het onderwijs een duaal karakter. Zij is een verplichting voor de normadressaat en is een voorwaarde voor bekostiging. Het bijbehorend recht op bekostiging is echter aan te merken als een vermogensrecht en dat vermogensrecht berust nu juist bij de rechtspersoon. Dat geldt ook voor de verplichting om aan de bekostigingsvoorwaarden te voldoen; ook die verplichting berust als vermogensrechtelijke verplichting bij de rechtspersoon. Hierdoor ontstaat de situatie dat het vanuit vermogensrechtelijk perspectief eigenlijk wenselijk is om te regelen dat de verplichtingen behorende bij de tweede categorie bestuursbevoegdheden uiteindelijk berusten bij de rechtspersoon als rechtssubject. Die vermogensrechtelijke wens botst echter met het gegeven dat de onderwijswetgever bij deze categorie bestuursbevoegdheden meestal kiest voor het centrale kernbegrip bevoegd gezag (of in het hoger onderwijs het instellingsbestuur) als normadressaat. In de Wpo en de Wvo is dat meestal maar niet altijd de rechtspersoon. In de Web en de Whw vormt juist het bestuursorgaan van de onderwijsinstelling, zijnde het college van bestuur, het bevoegd gezag.

Opvallend aan de derde categorie bevoegdheden is dat de onderwijswetgever ervoor kiest om naarmate de bevoegdheid een meer vermogensrechtelijk, civiel karakter heeft, zoals bij de bestuursoverdracht, vast te stellen dat de bevoegdheid niet berust bij het bevoegd gezag, maar bij de rechtspersoon. Dat sluit echter aan bij het gegeven dat de meeste onderwijsorganisaties een privaatrechtelijke rechtsvorm kennen.

2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, JB 2014/202 m.nt. L.J. Timmermans.

3.2.4 *Het 'bevoegd gezag' als normadressaat en/of rechtssubject*

A. Wie is normadressaat of rechtssubject?

Het hanteren van verschillende definities voor het begrip bevoegd gezag en het met enige regelmaat wijzigen van die definities, maakt de onderwijswetgeving er niet inzichtelijker op. Het enkele gegeven dat – afhankelijk van de onderwijssector, de bestuursvorm en/of het bestuursmodel – de rechtspersoon, het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon of het bestuursorgaan van de onderwijsinstelling aangemerkt kunnen worden als bevoegd gezag, leidt tot onnodige verwarring. Wie is nu de normadressaat van de bestuursbevoegdheid? Wie is drager van welke rechten en verplichtingen? Wie legt uiteindelijk extern verantwoording af? En tot wie richten eventuele interventies en sancties door de overheid zich?

Deze vragen houden verband met de vraag wie rechtssubject is. Een rechtssubject is een door het recht erkende drager van rechten en verplichtingen. Binnen het algemeen rechtspersonenrecht geldt de hoofdregel dat de rechtspersoon drager is van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen, dat de rechtspersoon aanspreekpunt is van derden (inclusief de overheid) en dat de rechtspersoon wordt vertegenwoordigd door het bestuur of door dat bestuur aan te wijzen anderen. Interne bestuursorganen van private rechtspersonen zijn geen rechtssubject en kunnen geen drager zijn van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen. De private rechtspersoon, het bestuur en hun bestuurder(s) kunnen niet vereenzelvigd worden. De Awb biedt wel de ruimte om, zoals de diverse onderwijssectorwetten ook doen, bestuursorganen binnen private rechtspersoon een bevoegdheid toe te kennen om publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.⁵⁷

De vraag wie precies rechtssubject is, is voor het onderwijs relevant omdat de naleving van de deugdelijkheidseisen en de vervulling van de tweede categorie bestuursbevoegdheden voorwaarde voor bekostiging zijn. Op het moment dat aan de toekenning van een bestuursbevoegdheid ook elementen van verplichting en externe verantwoording worden gekoppeld die kunnen leiden tot bekostigingssancties, is het eigenlijk niet wenselijk dat een ambt of orgaan binnen de rechtspersoon wordt aangemerkt als bevoegd gezag. Dat doorkruist bij private rechtspersonen het uitgangspunt dat in verhoudingen tot derden alleen de rechtspersoon drager kan zijn van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen. Zou een bestuursbevoegdheid met een verplichtend karakter wel worden toegekend aan een ander dan de rechtspersoon, dan geraken de rechtsverhoudingen binnen de onderwijsorganisatie en die tot de overheid vertroebeld.

57 Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 123.

B. Bevoegd gezag en bestuursgerichte aanpak van het externe toezicht

De Wet goed onderwijs, goed bestuur legde in 2010 voor het funderend onderwijs voor 99% van de onderwijsorganisaties vast dat de rechtspersoon het bevoegd gezag vormt en dat dus eigenlijk alleen de rechtspersoon normadressaat, rechtssubject en aanspreekpunt is van de overheid. Deze helderheid is in 2012 met de Wet geïntegreerd toezicht en de gewijzigde rol van de Inspectie van het Onderwijs aangetast.⁵⁸ In dat jaar werd door de onderwijswetgever de keuze voor een bestuursgericht toezicht bevestigd. De Wot definieert het begrip bestuur als het bevoegd gezag als bedoeld in de vier onderwijssectorwetten (en maakt dus zelf geen keuze tussen rechtspersoon, bestuurlijk orgaan of bestuursorgaan; artikel 1 sub k Wot) en maakt de intensiteit van het toezicht afhankelijk van onder meer “de wijze waarop de professionaliteit van (...) het bestuur is gewaarborgd” (artikel 4 lid 3 Wot).

Wie precies rechtssubject is, is minder relevant op het moment dat er in potentie weinig (financiële) gevolgen zijn verbonden aan het aangesproken worden op de naleving van een wettelijk voorschrift. Met de keuze voor de bestuursgerichte aanpak van het externe toezicht, de groei van het aantal interventie-instrumenten en de toename van aantal en omvang van de bekostigingssancties is daar echter de afgelopen tijd verandering in gekomen. De bestuursgerichte aanpak neemt als uitgangspunt dat ‘het bestuur’ verantwoordelijk is voor de kwaliteit van het onderwijs en het aanspreekpunt is voor de Inspectie van het Onderwijs.⁵⁹ Een oordeel over de naleving van de onderwijswet- en regelgeving, de vervulling van een specifieke bestuursbevoegdheid, de kwaliteit van het onderwijs of het functioneren van de onderwijsorganisatie is door de bestuursgerichte aanpak namelijk direct of indirect ook een oordeel over het functioneren van het bestuur als bestuurlijk orgaan en het persoonlijk functioneren van individuele bestuurders.

De bedoeling van de bestuursgerichte aanpak is een extern toezicht dat risicogericht is en zich meer richt op de verhouding overheid-bestuur. De toezichthoudende rol van de Inspectie van het Onderwijs was volgens de minister van OCW, “risicogericht en bestuursgericht en (...) meer handhavend van karakter geworden.”⁶⁰ Het bestuur van de rechtspersoon is hierdoor nadrukkelijker als aanspreekpunt van de overheid en aangrijpingspunt voor het externe toezicht in beeld gekomen en de onderlinge verhoudingen zijn

58 Stb. 2012, 118 (Wet geïntegreerd toezicht; dossier 32193).

59 *Kamerstukken II* 2006/07, 30183, nr. 18, p. 4: “Het bestuur is verantwoordelijk geacht voor de kwaliteit van het onderwijs in een school. Logischerwijs is het aanspreekpunt voor de inspectie dan ook het bevoegd gezag (hierna: bestuur) van een school.”

60 *Kamerstukken II* 2010/11, 32193, nr. 14, p. 11. Dit antwoord oogt natuurlijk weinig scherp. Het is immers volgens de Wpo en de Wvo juist het bevoegd gezag (de rechtspersoon) dat verantwoordelijk is voor de kwaliteit van het onderwijs en niet de school. Ik ga er dan ook van uit dat in deze volzin voor school steeds gelezen kan worden de rechtspersoon als bevoegd gezag.

verzakelijkt. De wens van de overheid is om eerst de bestuurlijk eindverantwoordelijken binnen de onderwijsorganisatie aan te kunnen spreken op het functioneren van de onderwijsorganisatie en met hen een bestuursgesprek te hebben.

“Bestuursgerichte aanpak

(...) Een van de kernthema's binnen de WOT is het aanspreken van onderwijsinstellingen en hun bevoegde gezagsorganen (besturen) op kwaliteit. Uitgangspunt daarbij is dat de instellingen de kwaliteit van hun eigen onderwijs bewaken en verbeteren en daarover verantwoording afleggen aan zowel de directe omgeving (waaronder de ouders) als aan de maatschappij in het algemeen (waaronder de inspectie). (...)

De inspectie sluit op deze ontwikkelingen aan door het bestuur als eerstverantwoordelijke te betrekken bij het toezicht op zijn onderwijsinstellingen en bij de uitkomsten daarvan. In de geactualiseerde werkwijze spreekt de inspectie besturen van scholen daarom rechtstreeks aan op hun verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het onderwijs en voor de naleving van wet- en regelgeving. De communicatie over de toezichtarrangementen die aan scholen worden toegekend, verloopt via het bestuur, en waar nodig worden met het bestuur afspraken gemaakt om de kwaliteit van het onderwijs op zijn scholen of de naleving van wet- en regelgeving te verbeteren. Deze bestuursgerichte aanpak laat uiteraard onverlet dat een bestuur er zelf voor kan kiezen ook de directie bij het bestuursgesprek met de inspectie te betrekken. Bij de kwaliteitsonderzoeken op een school of afdeling bespreekt de inspectie de resultaten van het onderzoek nadrukkelijk ook met de schoolleiding.⁶¹

De bestuursgerichte aanpak neemt uiteindelijk het zogeheten bestuursgesprek als vertrekpunt en hecht groot belang aan het beoordelen van het functioneren van de onderwijsorganisatie en de professionaliteit van het bestuur. Om dit te kunnen doen is het eigenlijk noodzakelijk ook het functioneren van het bestuurlijk orgaan en individuele bestuurders te beoordelen. Effect hiervan is dat bij een bestuursgerichte aanpak niet alleen de prestaties

61 Toezichtkader PO/VO 2012/2013, p. 7-8. Deze passage bevat overigens meerdere juridische onzorgvuldigheden. Zo wordt gesproken over het aanspreken van “onderwijsinstellingen en hun bevoegde gezagsorganen op kwaliteit” en het door “instellingen (...) bewaken en verbeteren en daarover verantwoording afleggen”. De Wpo en de Wvo bepalen echter dat het bevoegd gezag verantwoordelijk is voor de kwaliteit van het onderwijs en niet een onderwijsinstelling of het bestuur. De toelichting getuigt hierdoor niet van een helder onderscheid tussen rechtspersoon, onderwijsinstelling, statutair bestuur, directie/schoolleiding. Dat bevordert niet de toegankelijkheid van het externe toezicht. De concepten van de Onderzoekskaders voor 2017 kennen vergelijkbare onzuiverheden. Zie *Concept Onderzoekskader VO 2017*, p. 10: “Het schoolbestuur is immers verantwoordelijk voor de kwaliteit en de continuïteit van het onderwijs. Elk bestuur heeft zijn eigen proces om de onderwijskwaliteit te waarborgen en te ontwikkelen; dat specifieke eigen proces wordt voor ons uitgangspunt in het toezicht.”

worden beoordeeld, maar ook het functioneren van het bestuurlijk orgaan en individuele bestuurders als kennelijke randvoorwaarden voor goed onderwijs. Dit heeft als gevolg dat in de dagelijkse praktijk van het externe toezicht, het formele onderscheid tussen rechtspersoon, bestuurlijk orgaan en bestuurders of de precieze definitie van het begrip bevoegd gezag weinig relevant is. Het onderscheid speelt vooral een rol bij de adressering van eventuele interventies.

C. Juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid

Het vraagstuk over normadressaat en rechtssubject kwam in 2013 terug bij de aanwijzingsbevoegdheid in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs.⁶² De vraag bij de aanwijzingsbevoegdheid was aan wie de overheid nu een aanwijzing kon geven. Moest dat het bevoegd gezag zijn, de rechtspersoon, een bestuurlijk of intern toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon of een bestuursorgaan van de onderwijsinstelling?

In de Wpo en de Wvo hebben regering en onderwijswetgever ervoor gekozen om het bevoegd gezag (zijnde in 99% van de gevallen de rechtspersoon) als de juridische adressaat van de aanwijzingsbevoegdheid te duiden.⁶³ Bij de invoering van de aanwijzingsbevoegdheid in de Web en de Whw werd deze lijn voor de roc's, hogescholen en universiteiten verlaten en ging de voorkeur uit naar het geven van een aanwijzing aan de raad van toezicht. De Tweede Kamer constateerde vervolgens dat deze voorkeur onduidelijkheid teweegbracht.⁶⁴ Het Kamerlid Bisschop pleitte er daarom voor om overeenkomstig het funderend onderwijs het in de Web en de Whw zo te regelen dat een aanwijzing zich bij bijzondere instellingen richt tot de rechtspersoon en niet tot een orgaan van de rechtspersoon.⁶⁵

Zijn verzoek leidde tot een onderzoek van Huisman en Overes naar de adressant van de aanwijzingsbevoegdheid in de Web en de Whw.⁶⁶ Huisman en Overes adviseerden om in alle onderwijssectoren de rechtspersoon aan te wijzen als bevoegd gezag en ook als adressant van de aanwijzingsbevoegdheid.⁶⁷ De rechtspersoon is immers de formeel aangesproken partij bij de bekostigingsvoorwaarden.⁶⁸ Zij meenden dat de keuze van de wetgever om in de Web en de Whw het college van bestuur van de instelling aan te wijzen als bevoegd gezag vanuit rechtspersonenrechtelijk en onderwijsrechtelijk oogpunt “ongelukkig en niet juist” was. Het leidde volgens hen tot onnodige spanning in de verhouding tussen het

62 *Handelingen II* 2013/14, 13, item 12.

63 *Handelingen I* 2009/10, 17, p. 734-735.

64 *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 29 (motie-Bisschop). Zie ook de reactie van de minister op een eerder amendement van het Kamerlid Bisschop: *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 26.

65 *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 25, p. 15.

66 Huisman & Overes 2014.

67 Huisman & Overes 2014, p. 25.

68 Zie ook Zoontjens & Huisman 2015, p. 313.

algemeen rechtspersonenrecht en de onderwijswetgeving. Het in alle onderwijssectoren benoemen van de rechtspersoon als bevoegd gezag had dan ook hun voorkeur.⁶⁹ Die opvatting deel ik voor zover het betreft de ‘verplichte bestuursbevoegdheden’ en zij past bij het centraal stellen van de rechtsverhouding overheid-onderwijsorganisatie.

De minister van OCW merkte naar aanleiding van het rapport van Huisman en Overes op dat de huidige wetgeving “niet geheel correct is” en kondigde een wijziging aan van de Web en de Whw om vast te leggen dat de rechtspersoon die de instelling in stand houdt, wordt aangewezen als het bevoegd gezag van die instelling.⁷⁰ Zij gaf er wel de voorkeur aan om aanwijzingen direct te kunnen richten tot de raad van toezicht in plaats van de rechtspersoon. Dit getuigt van de wens om – in elk geval in praktische zin – een onderscheid te kunnen maken in de hoedanigheden van het begrip bevoegd gezag als rechtssubject (de rechtspersoon) en als aanspreekpunt (het als overheid direct kunnen aanspreken van een specifiek bestuurlijke orgaan binnen die rechtspersoon).

De aanwijzingsbevoegdheid wordt nader besproken in paragraaf 5.5.4.

3.2.5 *Nadere reflectie op het kernbegrip bevoegd gezag*

Het belang van de verschillende hoedanigheden van het kernbegrip bevoegd gezag speelt vooral op in de fase dat behoefte bestaat aan verantwoording. Zoontjens, Delnooz en Vermeulen maakten in 2006 de opmerking dat, in elk geval voor wat betreft het openbaar onderwijs, het bestuur van de rechtspersoon degene is die zich dient te verantwoorden voor de instandhouding.⁷¹ Dit duidt voor het openbaar onderwijs op een kennelijke voorkeur voor het bestuurlijk orgaan als verantwoordingsplichtige. Bij privaatrechtelijke rechtspersonen zou uit het algemeen rechtspersonenrecht volgen dat de bevoegdheid tot het ‘besturen’ van een school of instelling toekomt aan de rechtspersoon zelf en dat dan dus die rechtspersoon verantwoording aflegt.⁷² Zoontjens koos in 2015, nu samen met Huisman, uiteindelijk voor de opmerking dat de rechtspersoon de aangesproken partij is bij de bekostigingsvoorwaarden.⁷³ Die visie sluit aan op het rechtspersonenrechtelijke uit-

69 Huisman & Overes 2014, p. 33-34.

70 *Kamerstukken II* 2013/14, 33824, nr. 3, p. 4. Overigens merk ik op dat de minister van OCW in de betreffende beleidsbrief wel erg veel moeite lijkt te hebben met de erkenning dat de huidige wetgeving onduidelijk en onjuist is (en dat de regering dus eerder verkeerd zat of op zijn minst voor verwarring heeft gezorgd). Ook het vasthouden aan de wens om nog steeds aan de raad van toezicht en niet aan de rechtspersoon een aanwijzing te kunnen geven getuigt mijns inziens van onnodige ‘koppigheid’.

71 Zoontjens, Delnooz & Vermeulen 2006, p. 27.

72 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 86-88 en Vermeulen 1999, p. 70-71. Ook Huisman & Overes 2014, p. 23 verwijzen naar deze opmerkingen.

73 Zoontjens & Huisman 2015, p. 313.

gangspunt dat derden zich in beginsel slechts kunnen wenden tot de rechtspersoon en dat hun bestuurders eerst en vooral intern verantwoording afleggen over de vervulling van de bestuurlijke taak.

Reflecteert men op de verschillende definities voor bevoegd gezag, de soorten bestuursbevoegdheden in de onderwijssectorwetten en het ‘bevoegd gezag’ als rechtssubject en aanspreekpunt, dan kan worden opgemerkt dat er sprake lijkt te zijn van een spanning tussen de in paragraaf 3.2.1 benoemde drie hoedanigheden en invalshoeken van het begrip bevoegd gezag. Die drie hoedanigheden en invalshoeken van het begrip bevoegd gezag zoals de onderwijswetgeving die op dit moment hanteert zijn: (1) drager van rechten en verplichtingen (rechtssubject), (2) aanspreekpunt van de overheid en (3) uitoefening van publiekrechtelijk gezag. Het door elkaar gebruiken van één begrip dat meerdere hoedanigheden kent, voor verschillende soorten bestuursbevoegdheden en het leggen van een koppeling tussen het begrip ‘bevoegd gezag’ en externe verantwoording maakt de onderwijswetgeving onleesbaar en vertroebelt de onderlinge verhoudingen. Het doet bovendien geen recht aan de beschermende werking van het rechtspersonenrecht: het bestuurlijk orgaan en bestuurders kunnen niet worden vereenzelvigd met de rechtspersoon.

De oorspronkelijke keuze van de onderwijswetgever om het neutrale begrip bevoegd gezag te hanteren lijkt ingegeven door de wens om aan te kunnen geven dat het bestuur van de onderwijsinstelling bevoegd is om de voor het geven van onderwijs benodigde bestuursbevoegdheden uit te kunnen oefenen. Het belang en de intensiteit van de externe verantwoording is de afgelopen dertig jaar echter toegenomen. Hierdoor is het verplichtende karakter verbonden aan de uitoefening van de aan het bevoegd gezag toekomende bestuursbevoegdheden toegenomen. De vervulling van die verplichtingen is voorwaarde voor bekostiging. Omdat externe verantwoording verlangt dat helder is wie aanspreekpunt is voor de overheid, is het zwaartepunt van het begrip bevoegd gezag verschoven van het uitoefenen van gezag (hoedanigheid 3) naar de hoedanigheden rechtssubject en normadressaat (hoedanigheden 1 en 2). Die verschuiving maakt het wenselijk om na te denken over een mogelijke wijziging van de definitie van het begrip bevoegd gezag en de onderliggende grondschema's. Die wijziging zou zich kunnen voltrekken langs meerdere lijnen.

Bestuurlijk orgaan als bevoegd gezag?

De kennelijke behoefte aan een bestuursgerichte aanpak en de nadruk op handhaving kan allereerst pleiten voor het aanwijzen van een bestuurlijk orgaan als bevoegd gezag. Het zou duidelijk maken dat het betreffende bestuurlijk orgaan eigen bevoegdheden en bijbehorende verplichtingen heeft. Complexiteit van die keuze is echter dat (a) alleen rechtspersonen drager kunnen zijn van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen en (b) dat dit zou ingrijpen in de rechtspersonenrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties

met de rechtsvorm stichting of vereniging. Een private rechtspersoon is vrij zijn eigen organisatie in te richten, mits hij voldoet aan de in Boek 2 Burgerlijk Wetboek uitgewerkte algemene voorschriften. De verdere interne bevoegdheidsverdeling gaat buitenstaanders in beginsel niet aan. Het bij voorbaat door de wetgever aanduiden van een specifiek bestuurlijk orgaan als bevoegd gezag leidt daardoor bij privaatrechtelijke rechtspersonen al snel tot een ongewenste samenloop tussen publiekrecht en privaatrecht.⁷⁴ Dat geldt zeker voor het bijzonder onderwijs gelet op de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden.

Onderscheid begrippen ‘bevoegd gezag’ en ‘instandhouding’?

Een tweede denkrichting is het nadrukkelijker maken van onderscheid tussen de onderwijsrechtelijke begrippen ‘bevoegd gezag’ en ‘instandhouding’. Zoontjens, Delnooz en Vermeulen bewandelden deze route in 2006. Volgens hen ging het om verschillende functies die waren belegd bij verschillende instanties. Het bevoegd gezag in de zin van het bestuurlijk betrokken orgaan, oefende volgens hen de bestuurlijke bevoegdheden uit ten aanzien van de school (vaststelling schoolplan, besluit toelating en verwijdering leerlingen, werkgever personeel en verantwoordelijk voor het overleg met de medezeggenschapsraad), terwijl instandhouding kon zien op de beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de school of instelling.

Ook deze oplossingsrichting baat niet. Immers, elke niet-naleving van een wettelijke verplichting kan leiden tot een interventie en uiteindelijk moet over de uitoefening van elke onderwijsrechtelijke bevoegdheid extern verantwoording worden afgelegd. Het onderscheid tussen de begrippen bevoegd gezag en instandhouding wordt hierdoor al snel kunstmatig, al was het maar omdat de overheid de aandacht richt op de handhaving en het niet of onjuist vervullen van bestuursbevoegdheden bekostigingssancties tot gevolg kan hebben. Die bekostigingssancties hebben in potentie gevolgen voor de instandhouding.

Rechtspersoon als bevoegd gezag?

Een volgende denkrichting is het begrip bevoegd gezag te koppelen aan de vraag wie verantwoording aflegt en welke gevolgen die verantwoording (in potentie) heeft. Aangezien de rechtspersoon als rechtssubject drager is van rechten en verplichtingen, een bekostigingsrelatie heeft met de overheid en verantwoording aflegt over de met het recht op bekostiging komende verplichtingen, is de regel denkbaar dat altijd de rechtspersoon het bevoegd gezag is.

Deze keuze is op zich aantrekkelijk om reden van uniformiteit van wetgeving. Aandachtspunt blijft wel dat de uitoefening van veel bestuursbevoegdheden lager in de onderwijsor-

74 Zo ook Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 87.

ganisatie geschiedt. Het hanteren van de regel dat de rechtspersoon het bevoegd gezag is, doorkruist echter de mogelijkheid om een onderscheid te maken tussen de verschillende soorten bestuursbevoegdheden. Voorts geldt dat in die gevallen dat een onderwijsorganisatie de voorkeur zou geven aan het maken van een onderscheid tussen het bestuur van de rechtspersoon en het bestuur van een onderwijsinstelling (of organisatorische eenheden van die onderwijsinstelling), de autonome positie en zelfstandigheid van het bestuur van de onderwijsinstelling wordt aangetast als alle bestuursbevoegdheden berusten bij de rechtspersoon. Aan die autonomie en zelfstandigheid kan zeker in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs behoefte bestaan, bijvoorbeeld als de onderwijsorganisatie meerdere grotere onderwijsinstellingen in stand houdt of meerdere zelfstandig functionerende organisatorische eenheden kent.

Daar staat tegenover dat het altijd aanduiden van de rechtspersoon als bevoegd gezag past bij de rechtspersonenrechtelijke autonomie. Uitgangspunt van het rechtspersonenrecht is immers dat het bestuur belast is met het besturen van de rechtspersoon.⁷⁵ Het bestuur vertegenwoordigt ook de rechtspersoon. Het sluit ook aan bij de terughoudende rol die de overheid dient aan te nemen in de regeling van de bestuurlijke regeling van het onderwijs.⁷⁶ In 1994 overwoog de Raad van State niet voor niets dat het niet de taak is van de onderwijswetgever om de verdeling van bevoegdheden binnen een private rechtspersoon te regelen.⁷⁷ In 2009 herhaalde de Raad van State dit standpunt.⁷⁸ De Raad van State koppelde deze terughoudende rol nadrukkelijk aan de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs.⁷⁹ Deze terughoudendheid was in 2010 een belangrijke reden om in het funderend onderwijs niet één bestuursmodel voor te schrijven bij de scheiding van de functies bestuur en intern toezicht.⁸⁰

Op het moment dat de onderwijsorganisatie als het bevoegd gezag zou kwalificeren, is een vervolgvraag wie bij het afleggen van verantwoording die onderwijsorganisatie vertegenwoordigt. Uit het rechtspersonenrecht volgt dat het bestuur de rechtspersoon extern vertegenwoordigt; dat is een van zijn bestuurlijke taken. Dat bestuur kan vervolgens in vrijheid besluiten dat taken en bevoegdheden van het bestuur, daaronder begrepen de onderwijs-

75 Overes 1995a, p. 47-48 en Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 185-187 en p. 233-238.

76 Zie ook Overes 1995b, p. 134 en Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 81-82.

77 *Kamerstukken II* 1993/94, 23134, nr. A, p. 7: "Hoewel het ook bij de bijzondere scholen veelal het bestuur is dat de taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag vervult c.q. uitoefent, meent de Raad dat het niet de taak van de onderwijswetgever is om de bevoegdheden binnen de rechtspersoon te regelen. In de onderwijswetgeving kan volstaan worden met het regelen van de verhouding tussen de overheid en het bevoegd gezag van scholen."

78 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8.

79 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8.

80 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 16.

rechtelijke bevoegdheden met bijbehorend openbaar gezag, worden uitgeoefend door de rector, de directie of het college van bestuur als leiding van de onderwijsinstelling. Net als dat het mogelijk is die bevoegdheden te mandateren aan directeuren van organisatorische eenheden binnen die onderwijsinstelling. Ook die nadere regeling van de interne bestuursorganisatie wordt beschermd door de onderwijsrechtelijke autonomie.

3.2.6 *Voorstel tot herziening kernbegrip bevoegd gezag*

Geconcludeerd kan worden dat het begrip bevoegd gezag inmiddels een containerbegrip is geworden. Het begrip ‘bevoegd gezag’ kent meerdere hoedanigheden en de soorten (bestuurs)bevoegdheden die aan het gezag worden toegekend en toegedicht verschillen. Wie precies het bevoegd gezag is, is afhankelijk van de onderwijssector, het openbare of bijzondere karakter, de bestuursvorm, het bestuursmodel, de statuten en/of het bestuursreglement. Het effect daarvan is dat niet langer voldoende duidelijk is wie welke (bestuurs)bevoegdheden heeft, wie aanspreekpunt is voor de overheid, wie welke verplichtingen heeft en wie waarover verantwoording moet afleggen. De huidige onduidelijkheid doet ook afbreuk aan de uit het bestuurlijk organisatierecht voortvloeiende beginselen van inzichtelijkheid, rechtszekerheid en rechtspersonenrechtelijke autonomie. Dat alles tezamen pleit voor een algehele herziening van het onderwijsrechtelijk kernbegrip bevoegd gezag.

Helderheid en eenvoud kunnen voorop staan. Het is raadzaam om bij een herziening van het kernbegrip bevoegd gezag rekening te houden met de verschillende hoedanigheden van het begrip bevoegd gezag, met de onderscheiden categorieën (bestuurs)bevoegdheden en met de behoefte aan externe verantwoording. Het is bovendien raadzaam om als vertrekpunt te nemen dat de overheid een bekostigingsrelatie heeft met onderwijsorganisaties die scholen/instellingen in stand houden en niet met hun bestuurders of bestuursorganen. Deze vier uitgangspunten pleiten ervoor om het begrip bevoegd gezag zoals dat nu wordt gehanteerd beperkter in te zetten. Dat kan door het begrip bevoegd gezag te reserveren voor alleen de toekenning en uitoefening van onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden met publiekrechtelijk rechtsgevolg (categorie 1, paragraaf 3.2.3). Dat biedt vervolgens de mogelijkheid om onderwijsorganisaties vrij te laten in de keuze aan wie dat bevoegd gezag toekomt.

Het voorgaande resulteert in de volgende herziening.

1. Een rechtspersoon houdt één of meer onderwijsinstellingen in stand.
 - De rechtspersoon kan publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben, is in het laatste geval vrij in de keuze van de rechtsvorm en is onderwijsorganisatie op het moment dat hij aanspraak maakt op publieke bekostiging.

2. De onderwijsorganisatie (de rechtspersoon) is drager van rechten en verplichtingen.
 - De onderwijsorganisatie heeft als rechtssubject recht op publieke bekostiging.
 - De onderwijsorganisatie legt over de naleving van de onderwijswet- en regelgeving en over de verkrijging en besteding van de publieke bekostiging verantwoording af aan de overheid.
3. De onderwijswetgeving kent aan de onderwijsorganisatie onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden toe die het mogelijk maken om op de onderwijsinstelling onderwijs te geven en het voor dat onderwijs noodzakelijke openbare gezag uit te oefenen.
 - De onderwijsorganisatie is de normadressaat van deze bestuursbevoegdheden.
 - Het begrip bevoegd gezag wordt gereserveerd voor het gezag verbonden aan de toekenning en uitoefening van onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden tot het verrichten van rechtshandelingen met publiekrechtelijk rechtsgevolg.
 - De onderwijsorganisatie heeft de vrijheid om te organiseren dat, in elk geval voor zover het betreft de uitoefening van dat bevoegd gezag, de uitoefening van de bestuursbevoegdheid geschiedt op het niveau van de leiding van een onderwijsinstelling.
 - In bijzondere gevallen kan de onderwijswetgever, bijvoorbeeld om redenen van onafhankelijkheid of specifieke deskundigheid, een onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheid tot het verrichten van een specifieke rechtshandeling met publiekrechtelijk rechtsgevolg direct toekennen aan een nader te bepalen ambt (vgl. de positie van de huidige examencommissies). In dat geval regelt de onderwijswetgever hoe diegene over de uitoefening van die bestuursbevoegdheden verantwoording aflegt.⁸¹
4. Het bestuur vertegenwoordigt de onderwijsorganisatie.
 - Het bestuur als bestuurlijk orgaan is bevoegd om te besluiten dat taken en bevoegdheden van het bestuur en bestuursbevoegdheden van de onderwijsorganisatie worden uitgeoefend door de rector, de directie of het college van bestuur als hoofd van de afzonderlijke onderwijsinstelling of organisatorische eenheid.

Bij de openbare universiteiten bezit de onderwijsinstelling zelf rechtspersoonlijkheid, aldus de bijlage bij de Whw. Openbare universiteiten zijn hierdoor, ondanks de definitiebepaling die aangeeft dat een openbare instelling uitgaat van een publiekrechtelijke rechtspersoon, onderwijsinstelling en rechtspersoon ineen (artikel 1.1 onder h Whw en artikel 1.8 lid 2

81 Het ligt voor de hand dat bij het kwalitatief onvoldoende vervullen van een dergelijke specifieke bestuursbevoegdheid in individuele gevallen, een bekostigingssanctie inhoudende een intrekking of wijziging van de vaststelling van bekostiging niet tot de mogelijkheden behoort. Bijvoorbeeld bij de examencommissies legt de onderwijsorganisatie wel extern verantwoording af over de naleving van de zorgplicht kwaliteitszorg en in die zin ook over het algemeen functioneren van de examencommissie. Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 3, p. 29-30.

Whw). Het is omwille van rechtszekerheid en transparantie raadzaam om wettelijk vast te leggen dat een openbare universiteit in stand wordt gehouden door een publiekrechtelijke rechtspersoon.

3.3 ONDERWIJSRECHTELIJKE KERNBEGRIPPEN: BESTUREN, IN STAND HOUDEN EN BEHEREN

3.3.1 *Inleiding*

In de praktijk richten bestuurders zich als leden van het bestuurlijk orgaan vooral op het besturen van de onderwijsorganisatie. Dat besturen bestaat veelal uit het bepalen van de strategie en het leiding en uitvoering geven aan de algemene gang van zaken. Het gaat daarbij veelal om feitelijke handelingen. De onderwijswetgeving gaat ook in op besturen, in stand houden en beheren. De onderwijswetgever gebruikt deze drie begrippen door elkaar en zij hebben niet altijd dezelfde betekenis. Soms drukken zij een bevoegdheid uit, soms een verplichting of conditie en soms helpt het vooral om het wetsartikel leesbaar te houden. De drie begrippen geven echter wel enig inzicht in hetgeen de onderwijswetgever verwacht van onderwijsorganisaties, bestuurlijke organen en daarmee indirect van hun bestuurders.

De drie kernbegrippen besturen, in stand houden en beheren worden besproken in paragraaf 3.3.3. Hieraan voorafgaand wordt in paragraaf 3.3.2 een opmerking gemaakt over de taak van de bestuurder vanuit het perspectief van het algemeen rechtspersonenrecht. Paragraaf 3.3.4 sluit af met enkele nadere opmerkingen en een voorstel tot herziening van de onderwijsrechtelijke kernbegrippen besturen, in stand houden en beheren.

Voor het antwoord op de vraag wat de bestuurstaak omvat, kan men onderzoeken wat in het kader van het algemeen rechtspersonenrecht en het ondernemingsrecht wordt verstaan onder besturen en wat wordt verwacht van bestuurders. Van der Grinten geeft bijvoorbeeld aan dat besturen inhoudt: “het leiding geven aan de dagelijkse gang van zaken en het uitstippelen van plannen voor de toekomst van de onderneming”.⁸² Deze benadering gaat uit van kerntaken als leiding geven en beslissen.⁸³ Raaijmakers wees op “(a) leiding geven aan de onderneming en in verband daarmee alles doen en nalaten wat daarmee verband

82 Van der Grinten 1991, p. 134.

83 Van der Heijden/Van der Grinten, p. 404.

houdt, (b) het bestuur beheert de middelen van de organisatie, en (c) het bestuur draagt zorg voor de naleving van de regels van het interne organisatiestatuu^t”.⁸⁴

Strikwerda was als bestuurskundige vrij kritisch over het benoemen van kerntaken omdat ze volgens hem de constituerende verplichting van het bestuur miskennen.⁸⁵ Hieronder verstaat hij elementen als het vastleggen en verwezenlijken van het doel van de rechtspersoon (artikel 2:7 BW), het beschermen van de identiteit en het karakter van de rechtspersoon (vgl. artikel 2:107a lid 1 BW), alsmede het formuleren van een hiërarchie van waarden. Die waarden kan een bestuurder afleiden uit sectorwetgeving, branchecodes, contracten en interne regelingen. Zijn meer normatieve benadering heeft veel weg van de exercitie van Van Leeuwen in 1999 bij haar pogingen om te komen tot een formulering van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.⁸⁶ Het normatieve karakter van dergelijke beginselen bood volgens haar een zekere verklaring voor de wijze waarop concretere rechtsnormen zoals behoorlijk bestuur (2:9 BW), wanbeleid (2:355 BW) of besluiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid (2:15 BW) tot uiting komen in de rechtspraak.⁸⁷

Elke meer normatieve benadering leidt al snel tot de vraag wanneer wel of geen sprake is van goed bestuur. Hooge merkte in het kader van het debat over goed onderwijs op dat bij goed bestuur het woord ‘goed’ zowel ziet op de kwaliteit van het bestuur als zodanig als op het normatieve karakter van goed bestuur in de zin van fatsoenlijk, deugdelijk en integer. Goed bestuur betekende volgens haar: “(1) kundig zijn in het besturen en (2) juist moreel gedrag”.⁸⁸ Wat de inhoud en omvang van de bestuurstaak is, blijft in deze benadering altijd enigszins onduidelijk. Klarus en De Vijlder bleven op hun beurt steken in de opmerking dat “bestuur altijd schipperen is (...) tussen meerdere perspectieven en principes; het zoeken en vinden van de juiste balans”.⁸⁹ Vervolgens wezen ze vrij algemeen naar de verantwoordelijkheid van de bestuurder voor “de daden die tot zijn verantwoordelijkheidsdomein horen”.⁹⁰ Daarbij maakten zij een onderscheid tussen juridische verantwoordelijkheid en morele verantwoordelijkheid.

De normatieve benadering van de bestuurstaak is duidelijk terug te zien in het advies van de Commissie-Halsema in 2013. Deze commissie legde grote nadruk op het gedrag van bestuurders en de voor besturen vereiste balanceerkunst tussen de verschillende belangen: “Cruciaal voor goed bestuur is dienstbaarheid aan professionals en burgers, zonder de

84 Raaijmakers 2000, p. 214.

85 Strikwerda 2002, p. 54-64 en Strikwerda 2011.

86 Van Leeuwen 1999.

87 Van Leeuwen 1999, p. 183.

88 Hooge 2010, p. 86.

89 Klarus & De Vijlder 2010, p. 203.

90 Klarus & De Vijlder 2010, p. 214.

verantwoordelijkheid voor degelijk financieel en organisatorisch beheer uit het oog te verliezen”.⁹¹ De normatieve benadering verleidde de commissie vervolgens tot de volgende formulering.

“Een professionele bestuurder is dienend aan de professional en de publieke dienstverlening en is eindverantwoordelijk voor de dienstverlening. Het bestuur gaat regelmatig in gesprek met de verschillende stakeholders (leidinggevend, medewerkers, interne en externe toezichthouders, cliëntenraden en anderen) over het handelen in relatie tot de afgesproken waarden en de prestaties. Bij belangrijke besluiten worden stakeholders betrokken in het besluitvormingsproces.”⁹²

De Onderwijsraad merkte hierna op dat “goed onderwijsbestuur betekent dat bestuurders publieke belangen dienen” en dat bestuurders “naast het belang van hun eigen instelling nadrukkelijk ook grote maatschappelijke belangen dienen”.⁹³ De VO-raad en de MBO Raad namen vervolgens voorschriften met vergelijkbare normatieve formuleringen op in hun branchecodes goed bestuur.⁹⁴

3.3.2 *Bestuur en besturen gezien vanuit het perspectief van het rechtspersonenrecht*

A. De bestuurstaak volgens het rechtspersonenrecht

Het stichtings- en verenigingsrecht verstaat onder het begrip ‘besturen’ de opdracht voor het bestuur van de rechtspersoon om de eigen rechtspersoon te besturen (vgl. artikel 2:44/291 lid 1 BW). Dit ‘besturen’ is zowel een taak als een bevoegdheid.⁹⁵ Bestuurstaak en -bevoegdheid gaan hand in hand.⁹⁶ Wat de bestuurstaak zelf precies omvat, geeft het Burgerlijk Wetboek echter niet aan. Blijkens artikel 2:9 lid 1 BW behoren tot de taak van de bestuurder alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Artikel 2:9 lid 2 BW geeft aan dat elke bestuurder verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken. De omvang van de bestuurstaak vergt als gevolg interpretatie. Uit zijn aard leent ook het begrip besturen zich niet voor een

91 *Een lastig gesprek* 2013, p. 16.

92 *Een lastig gesprek* 2013, p. 16.

93 Onderwijsraad 2013c, p. 19.

94 *Branchecode MBO* 2014, p. 6 en *Branchecode VO* 2015, p. 3 en 8.

95 Dijk/Vander Ploeg 2013, p. 185.

96 Van Schilfgaarde 2013, p. 125-126.

nauwkeurige of concrete omschrijving. In de woorden van Maeijer: “Het is moeilijk een kort, allesomvattend en sluitend antwoord op deze vraag te geven.”⁹⁷

Wel is het mogelijk om te denken in bijvoorbeeld functies als onderdeel van de bestuurstaak. Zo kan allereerst worden gewezen op de leidinggevende functie. Zo gaf Maeijer aan dat onder besturen in elk geval dient te worden verstaan het leiding geven en kunnen zorgen voor een goede taakvervulling, deelneming aan het maatschappelijk verkeer en functioneren van de organisatie.⁹⁸ De tweede te onderscheiden functie is de beleidsbepalende functie. Volgens Van Schilfgaarde bestaat de bestuurstaak uit het besturen van de rechtspersoon en dat is “in elk geval meer dan ‘uitvoeren’ en meer dan ‘dagelijks bestuur’”. Het bestuur heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen, beleid uitstippelen.”⁹⁹ Groot noemde de beleidsbepalende of managementfunctie van het bestuur de belangrijkste taak van het bestuur.¹⁰⁰ Tot de bestuurstaak – of de verantwoordelijkheid voor die bestuurstaak – worden voorts gerekend de deugdelijke financiële administratie en het bijbehorende beheer (artikel 2:10 BW). Men zou deze beheersfunctie als derde functie van het bestuur kunnen beschouwen.

Deze drie functies (leiding geven, beleid bepalen en beheren) geven invulling aan de door bestuurders te betrachten bestuurlijke zorg. Voorts zijn ze nauw verwant met de normen voor bestuurdersaansprakelijkheid zoals die voortvloeien uit artikel 2:9 BW. De drie functies geven inkleuring aan het oordeel over de vraag of wel of geen sprake is geweest van behoorlijke taakvervulling. Uit de jurisprudentie in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid volgt immers dat tot die taak in elk geval worden gerekend:¹⁰¹

- het zorgen voor de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon;
- het leiding geven aan en zorgen voor een goede taakvervulling, deelneming aan het maatschappelijk verkeer en functioneren van het apparaat van de rechtspersoon;
- het op adequate wijze administratie voeren van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van die rechtspersoon en er als bestuurder zorg voor dragen dat hij als bestuurder tijdig van juiste en toereikende informatie over de gang van zaken binnen de rechtspersoon wordt voorzien;
- het tijdig treffen van adequate maatregelen indien voor het bestuur duidelijk is dat zich binnen de rechtspersoon misstanden voordoen of zich dreigen voor te doen.

97 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390.

98 Asser/Maeijer 2-II 1997/484 en 317.

99 Van Schilfgaarde 2013, p. 125.

100 De Groot & Stein 2002, p. 182.

101 Zie o.a. Rb. Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2010/123, (Stichting Derdengelden); Gerechtshof Den Haag 1 juni 2010, *JIN* 2010/451 (Stichting TBH); Rb. Utrecht 24 juli 1997, *KG* 97/318.

B. Besturen is een autonome bevoegdheid en een collectieve verantwoordelijkheid

Het besturen door het bestuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon is een autonome bevoegdheid en een collectieve verantwoordelijkheid. De autonome bevoegdheid van het bestuur om te besturen is een alomvattende bevoegdheid tenzij de bestuursbevoegdheid is beperkt krachtens de statuten (artikel 2:44/291 lid 1 BW). Het gegeven dat sprake is van een autonome bevoegdheid brengt mee dat het bestuur bestuurt en dat een ander niet ook kan besturen.¹⁰² Doet een ander dat wel dan verricht die ander een daad van bestuur en is die ander ook verantwoordelijk voor de betreffende bestuursdaad. De betekenis hiervan komt het duidelijkst naar voren bij de omgang met advies- en goedkeuringsrechten. Dergelijke rechten kunnen niet zover gaan dat als het ware sprake is van een instructie aan het bestuur tot het verrichten of nalaten van een bestuurshandeling. Algemeen wordt aangenomen dat de autonomie van het bestuur niet kan worden beperkt door instructierechten toe te kennen aan anderen.¹⁰³ Wel is het mogelijk goedkeurings-, instemmings- en adviesrechten toe te kennen en biedt het algemeen rechtspersonenrecht de mogelijkheid in de statuten de bestuursbevoegdheid van het bestuur te beperken (artikel 2:44/291 lid 1 BW). Van degene die van een goedkeurings-, instemmings- of adviesrecht gebruikmaakt, mag worden verlangd dat hij het belang van de rechtspersoon meeweegt en geen blokkade opwerpt voor het optimaal functioneren van de rechtspersoon of het bestuur.¹⁰⁴

Het rechtspersonenrecht gaat voorts uit van het principe van collegiaal bestuur. Het besturen is een collectieve verantwoordelijkheid en iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 lid 2 BW). Die collectieve verantwoordelijkheid brengt mee dat bij een meerhoofdig bestuur verwacht mag worden dat belangrijke besluiten van het bestuur tot stand komen na onderling overleg.¹⁰⁵ De verdeling van taken tussen bestuurders is wel mogelijk, maar die taakverdeling brengt geen wijziging in de collectieve verantwoordelijkheid voor het besturen. De taakverdeling kan wel een rol spelen in het kader van de aansprakelijkheid. Een bestuurder moet dan wel aannemelijk maken dat hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde bestuurstaken geen ernstig verwijt te maken valt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur weg te nemen.

C. Belangen waar de bestuurder zich naar heeft te richten

Een volgende vraag is naar welke belangen een bestuurder zich heeft te richten. Artikel 2:9 lid 1 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een

102 HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Forumbank).

103 Zie o.a. Asser/Rensen 2-III* 2012, nr. 332.

104 HR 12 mei 2000, JOR 2000/145 en NJ 2000/439, Geestelijk Leider.

105 HR 15 juli 1968, NJ 1969/101 (Wijsmuller).

behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Voor vennootschappen geldt de toevoeging dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met die vennootschap verbonden onderneming (artikel 2:129 lid 5 BW en artikel 2:239 lid 5 BW). Het voornemen bestaat om deze toevoeging, waarvan aangenomen wordt dat die eigenlijk ook voor bestuurders van stichtingen en verenigingen geldt, van toepassing te laten zijn op alle rechtspersonen.¹⁰⁶ Ook voor bestuurders van stichtingen en verenigingen zou dan worden bevestigd dat zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar zowel het belang van de rechtspersoon als de met die rechtspersoon verbonden organisatie. In de meeste branchecodes voor goed bestuur in het onderwijs is die norm reeds opgenomen.

De voorgenomen toevoeging maakt inzichtelijk dat van een bestuurder wordt verlangd dat hij belangen afweegt. Hij dient immers te kunnen motiveren dat hij het belang van de rechtspersoon en de verbonden onderneming in stand houdt. De vraag is welke van de af te wegen belangen doorslaggevend zijn en of het mogelijk is een rangorde van belangen te hanteren. De Jongh merkte in 2014 op dat binnen het vennootschapsrecht uiteindelijk het door de bestuurder te dienen belang van “bestendige of duurzame waardecreatie” voorop staat.¹⁰⁷ Hieronder vallen volgens hem aspecten als continuïteit, een zekere maatschappelijke inbedding en de inspanningsverplichting om belangen van betrokkenen bij de rechtspersoon af te wegen. De formulering van De Jongh borduurt voort op het debat in het vennootschapsrecht over de afweging van de belangen van de aandeelhouder, de rechtspersoon en de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming.¹⁰⁸ Timmerman gaat in navolging van Maeijer uit van de institutionele opvatting die waarde hecht aan het eigen belang van de rechtspersoon en hanteert een flexibele benadering van deze opvatting opdat ruimte ontstaat voor het behartigen van belangen van bij de rechtspersoon betrokkenen anders dan de aandeelhouder.¹⁰⁹ Het eigen belang van de rechtspersoon kan “dik dan wel dun zijn”.¹¹⁰ Naar aanleiding van het *Cancun-arrest* uit 2014 is het debat over het eigen belang van de rechtspersoon nieuw leven in geblazen.¹¹¹ In dit arrest overwoog de

106 Artikel 2:9 lid 3 BW Nieuw: *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

107 De Jongh 2011, par. 2.2.2 en De Jongh 2014, p. 478.

108 Blanco Fernández hecht grote waarde aan het aandeelhoudersbelang. Maeijer gaat uit van een autonome taakinvulling. Zie J.M. Blanco Fernández 2009, par. 21-23 en Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293.

109 Timmerman 2014, Raaijmakers 2014 en Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293.

110 Verdam 2015, p. 69.

111 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde, *Ondernemingsrecht* 2014/101 m.nt. A.F.J.A. Leijten, JOR 2014/290 m.nt. R.G.J. de Haan (Invernostra c.s./Cancun Holding I BV, Cancun Holding II BV e.a.). De casus zelf ging onder meer over de rechtspersonenrechtelijke verhoudingen en de relatie tussen het concernbelang, het belang van de samenwerkingspartners en het eigen belang van de betrokken vennootschappen. De juridische structuur bestond uit een samenwerking tussen twee Spaanse investeerders voor de bouw en exploitatie van een hotelcomplex in Cancun te Mexico, een in Nederland gevestigde gezamenlijk holding, een Mexicaanse dochter en een Curaçaose dochter.

Hoge Raad namelijk dat “het vennootschapsbelang in de regel vooral [wordt, MN] bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming” [onderstreping, MN].¹¹² Het idee dat het vennootschapsbelang wordt bepaald door het bestendige succes van de onderneming is schatplichtig aan Assink, Verdam en De Jongh.¹¹³ Het Cancun-arrest koppelt ook het afwegen van belangen aan de bestuurstaak. Het is, aldus de Hoge Raad, de taak van bestuurders om “bij de vervulling van hun taak (...) voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken”.¹¹⁴

De parallel met het onderwijs ligt voor de hand. Ook bij het geven van onderwijs spelen meerdere belangen. Gewezen kan worden op onder meer het eigen belang van de onderwijsorganisatie, het belang van de met de onderwijsorganisatie verbonden individuele onderwijsinstellingen, de belangen van docenten, de belangen van ouders en studenten/leerlingen, het lokale of regionale belang, maatschappelijke belangen en het publieke belang. Tussen die belangen is het voor bestuurders schipperen. De Onderwijsraad en regering lijken voorstander van een benadering waarbij het eigen belang van de onderwijsorganisatie en het publieke belang met elkaar “verweven” zijn.¹¹⁵ Dat zou betekenen dat bestuurders zich bij de vervulling van hun bestuurlijke taak ook hebben te richten naar dat publieke belang. De Branchecode goed bestuur mbo van de MBO Raad en de Code goed onderwijs-bestuur van de VO-raad geven aan dat bestuurders ook publieke belangen dienen.¹¹⁶ Voor commissarissen bij woningcorporaties is die norm opgenomen als voorwaarde voor toelating doordat zij op grond van artikel 31 lid 1 Woningwet zich moeten richten “naar het belang van de toegelaten instelling en de door haar in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden”.

Dergelijke verruimingen wijken af van de flexibele benadering van de institutionele opvatting zoals die thans in het vennootschapsrecht de boventoon voert. Die flexibele benadering maakt het immers mogelijk ook het belang van maatschappelijke inbedding

112 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.1.

113 Assink 2010, p. 40-41, Verdam 2013, par. 11.1 (“goedlopende en goed renderende onderneming”) en De Jongh 2014.

114 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.2. De Hoge Raad verwijst daarbij naar HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I).

115 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 14 en enigszins vergelijkbaar Onderwijs 2013c, p. 19. De Onderwijsraad nuanceerde de verwevenheid wel enigszins door erop te wijzen dat er spanningen kunnen bestaan tussen het publieke belang en het instellingsbelang. De Onderwijsraad sprak in dat verband over bestuurders die zich “ook rekenschap geven van het bredere maatschappelijke belang van onderwijs” (Onderwijsraad 2013c, p. 24).

116 *Branchecode MBO* 2014, p. 6 en *Branchecode VO* 2015, p. 3 en 8.

mee te wegen als ‘eigen belang’ van de rechtspersoon. Aandachtspunt bij het zich óók richten naar het maatschappelijke of publieke belang is dat dit weinig tot geen ruimte laat voor het zo nodig aanbrengen van een rangorde tussen bijvoorbeeld het institutionele belang van de onderwijsorganisatie en het maatschappelijke belang. De formulering van De Jongh – bestendige of duurzame waardecreatie – biedt die ruimte wel, geeft daardoor enige houvast en oogt genuanceerder. De flexibele benadering maakt het immers juist mogelijk het belang van maatschappelijke inbedding mee te wegen bij het bepalen van het ‘eigen belang’ van de rechtspersoon. Het lijkt aan te geven dat er een onderscheid te maken is tussen het zich richten naar het eigen belang van duurzame waardecreatie enerzijds en de inspanningsverplichting om überhaupt belangen af te wegen. Zie over deze afweging van belangen ook hoofdstuk 9.

D. De publieke taak van bestuurders

Het debat over de vraag naar welke belangen bestuurders zich dienen te richten en welke belangen zij en hun onderwijsorganisaties hebben te dienen en af te wegen, hangt voor een deel samen met opvattingen over de publieke taak van het onderwijs.

Met enige regelmaat zien we de stelling terug dat (het geven van) onderwijs een publieke taak is, dat onderwijsorganisaties een publieke taak vervullen en dat onderwijsorganisaties en hun bestuurders als gevolg een publiek belang hebben te dienen.¹¹⁷ De WRR omschreef in 2000 het begrip ‘publiek belang’ als “maatschappelijke belangen waarvoor de overheid de eindverantwoordelijkheid op zich neemt”.¹¹⁸ De WRR herhaalde deze definitie niet in zijn adviezen in 2012 en 2013 over publieke zaken in de marktsamenleving en de inrichting van het externe toezicht op de verwezenlijking van publieke belangen.¹¹⁹ De WRR motiveerde dit met de opmerking dat publiek belang een begrip is “dat inherent verbonden is met discussie”.¹²⁰ Ook de Onderwijsraad definieerde het begrip publiek belang niet. De Onderwijsraad gaf slechts aan dat de kwaliteit van het onderwijs een publiek belang is en dat publieke middelen niet verspild moeten worden.¹²¹ In het verwante debat over wat publieke taken zijn, en welke taken een goed functionerende staat zou moeten verrichten wees Vermeulen erop dat wat tot het terrein van de publieke taak behoort, en wat juist niet, een normatieve vraag is “waarvan de beantwoording in sterke mate afhankelijk is van tijd en plaats, van heersende politieke cultuur, en behoeften”.¹²² Van Ommeren overwoog in 2003 dat publieke taken zowel door de overheid als door andere instanties, zoals

117 Vgl. Onderwijsraad 2013c, *Branchecode VO en Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3.

118 WRR 2000, p. 9.

119 WRR 2012 p. 110-115.

120 WRR 2013, p. 139.

121 Onderwijsraad 2013c p. 9 en 17.

122 Vermeulen 2003b, p.21.

woningcorporaties en bijzondere onderwijsinstellingen, “worden uitgevoerd”.¹²³ Overes leek er in 1995 op te wijzen dat het verzorgen van onderwijs door verenigingen en stichtingen in 1995 het vrijwillig vervullen van een publieke taak inhoudt.¹²⁴

Wat betekent het debat nu voor bestuurders? Onderwijsorganisaties vervullen met behulp van bestuursbevoegdheden en publieke bekostiging een publieke taak. De wijze waarop deze publieke taak door onderwijsorganisaties wordt vervuld, kan in potentie een rol spelen bij de normatieve beoordeling van het functioneren van bestuurders. Dat komt doordat door sommigen wordt gepleit voor het verweven zijn van het eigen belang van de rechtspersoon, naar welk belang een bestuurder zich heeft te richten, en het publieke belang.¹²⁵ In de woorden van de Onderwijsraad in zijn advies uit 2013: “Bestuurders dienen naast het belang van hun eigen instelling nadrukkelijk ook grote maatschappelijke belangen. Zij zijn medeverantwoordelijk voor een adequaat aanbod van scholen en opleidingen.”¹²⁶ De regering gaf in 2015 bij de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen het volgende aan: “Dit publieke belang en het instellingsbelang zijn met elkaar verweven, omdat een goed functionerende instelling het voertuig is voor goed onderwijs.”¹²⁷ Naar aanleiding van vragen over een mogelijke meldingsplicht voor intern toezichthouders antwoordde de regering zelfs in het geheel geen spanning te zien tussen het dienen van de belangen van de rechtspersoon en het publieke belang: “Door oog te hebben voor dat publieke belang, wordt juist de kern van het belang van de rechtspersoon gediend, waarbinnen dat publiek belang een prominente plaats heeft.”¹²⁸

De vraag is of het veronderstellen van een dergelijke versmelting van het belang van de rechtspersoon met het maatschappelijk of publiek belang wel wenselijk is. Onderwijs vervult meerdere functies, te weten die van kwalificatie, socialisatie en persoonsvorming. De vraag is of van onderwijsorganisaties meer kan worden verlangd dan het verantwoordelijk zijn “voor de pedagogisch-didactische praktijk en de overige aspecten van het schoolklimaat”.¹²⁹ Een functiegerichte en op de kerntaak gerichte benadering van het onderwijs behoeft ruimte voor bestuurders om zelf beleid te formuleren en zelf de relevante belangen af te wegen. Meer terughoudendheid geeft bestuurders de kans om de te vervullen maatschap-

123 Ommeren 2003a, p. 153.

124 Overes 1995a, p. 37-38.

125 *Autonomie verplicht* 2012; *Niet onwettig, wel onwenselijk* 2013; Onderwijsraad 2013c, *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 6 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10.

126 Onderwijsraad 2013c, p. 9 en 17.

127 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 6, p. 10. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 4, p. 7-8.

128 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 6, p. 30.

129 *Tijd voor Onderwijs* 2008, p. 153.

pelijke functie te bezien in het verlengde van de eigen doelstelling van de onderwijsorganisatie: het geven van onderwijs.¹³⁰

Concluderend geeft het voorgaande mij aanleiding voor de opmerking dat het juister is om in de eerste plaats vast te stellen dat een onderwijsorganisatie een eigen doel heeft (kort gezegd: het geven van onderwijs) en dat dit doel inhoudt dat een onderwijsorganisatie een activiteit verricht die van publiek belang is. Dat is een institutionele opvatting met ruimte voor een flexibele benadering. Onderwijsorganisaties hebben geen publieke taak of wettelijke opdracht maar verrichten een activiteit van publiek belang in de plaats van de overheid. Deze activiteit vloeit voort uit de wens van de oprichters als verwoord in de doelstelling van de onderwijsorganisatie.¹³¹ Doen zij dat niet, dan behoort de overheid dat – gelet op de in artikel 23 lid 4 Grondwet beschreven zorgplicht voor voldoende openbaar funderend onderwijs en de internationaal verdragsrechtelijke verplichtingen als beschreven in artikel 2 Eerste Protocol EVRM en artikel 13 lid 1 IVESCR – zelf te doen. Bestuurders van onderwijsorganisaties hebben tot taak zorg te dragen voor de verwezenlijking van de statutaire doelstelling van hun onderwijsorganisatie in de wetenschap dat onderwijs meerdere functies vervult en dat dit onderwijs in het publiek belang is. Om die reden wegen zij belangen af. Dat is echter wat anders dan dat bestuurders zich bij de vervulling van hun bestuurstaak ook hebben te richten naar het publiek belang.

3.3.3 *De kernbegrippen bestuur, besturen, in stand houden en beheer in de onderwijswetgeving*

A. Het begrip bestuur

Het begrip bestuur wordt in de vier onderwijssectorwetten niet omschreven. Wel is in de Wot gekozen voor een definitie van het begrip ‘bestuur’, maar die definitie verwijst terug naar het begrip bevoegd gezag.¹³² Uitgaande van het beginsel van inzichtelijke wetgeving zou men verwachten dat de begrippen ‘bestuur’ en ‘besturen’ in de onderwijswetgeving

130 Onderwijsraad 2008, p. 13: “De raad is van mening dat scholen primair hun wettelijke taken betreffende kwalificatie en socialisatie moeten uitvoeren. Het verrichten van extra taken op grond van maatschappelijke verwachtingen of het oppakken van opvoedingsproblemen die met de jongere en oudere leerlingen de school binnenkomen, kan soms voorwaardelijk zijn voor het adequaat uitvoeren van de wettelijke taken. Als de extra takenlast te zwaar wordt, moet de school helder positie kiezen en zichzelf op basis van een verantwoorde afweging beperkingen kunnen opleggen.”

131 Overes 1995a, p. 38 met een verwijzing naar Van der Ploeg 1991, p. 12.

132 Artikel 1 sub k Wot: “bestuur: bevoegd gezag in de zin van een onderwijswet, met dien verstande dat waar het de Leerplichtwet 1969 of de Leerplichtwet BES betreft hieronder wordt verstaan het hoofd van de school of instelling, en met dien verstande dat waar het het toezicht op de uitoefening van de taken van het samenwerkingsverband betreft hieronder wordt verstaan het bestuur van de rechtspersoon, bedoeld in artikel 18a, vierde lid, van de Wet op het primair onderwijs en artikel 17a, vierde lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs.”

duiden op het bestuur van de rechtspersoon en het besturen door dat bestuur. Niets is echter minder waar. Het begrip ‘bestuur’ wordt in de onderwijswetgeving niet alleen gebruikt om het bestuurlijk orgaan van een rechtspersoon aan te duiden, maar ook als alternatief voor het begrip ‘bevoegd gezag’ of als alternatief voor het aanduiden van de rechtspersoon. In het spraakgebruik staat het vergelijkbare begrip ‘schoolbestuur’ zowel voor de rechtspersonen als voor de bestuurlijke organen.

In deze paragraaf wordt volstaan met de meest in het oog springende voorbeelden van gebrekkige inzichtelijkheid in de onderwijswetgeving.

In artikel 30a Wpo en artikel 32b1 Wvo is bijvoorbeeld de bepaling opgenomen dat “[h]et bestuur hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden [kan, MN] overdragen aan de (...) directeur van de school”. De bewoordingen van deze kennelijke delegatiemogelijkheid bevreedden omdat gekozen wordt voor het begrip bestuur terwijl uit beide sectorwetten nu juist volgt dat aan het bevoegd gezag – en niet aan het bestuur – bevoegdheden zijn opgedragen. De bepaling is ingevoerd in 2010 met de Wet goed onderwijs, goed bestuur. Uit de toelichting volgt dat de bevoegdheid zich vooral richt op het openbaar onderwijs.¹³³ De bepaling laat zich echter moeilijk lezen gelet op het gegeven dat de meeste openbare onderwijsorganisaties private rechtspersonen zijn. Een onderscheid tussen het bijzonder onderwijs en het voortgezet onderwijs is er op dit punt dan ook niet.

In artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo treffen we bij de stichtingen voor openbaar onderwijs de bepaling aan dat de gemeenteraad “in geval van ernstige taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet bevoegd is te voorzien in het bestuur van de scholen en zo nodig de stichting te ontbinden”. Onduidelijk is wie nu ‘het bestuur’ is. Is dat de stichting voor openbaar onderwijs of toch het bestuurlijk orgaan? En wat moet worden verstaan onder ‘in het bestuur van de scholen voorzien’? Hebben we het over het vervullen van de bestuurlijke taak van het bestuurlijk orgaan, te weten ‘het besturen’ en de bijbehorende vermogensrechtelijke beschikkingsbevoegdheid? Of wordt bedoeld het onderbrengen bij een andere rechtspersoon?

Dezelfde vraag komt op bij artikel 17b Wpo en artikel 24c Wvo. In beide bepalingen spreekt de onderwijswetgever in het kader van de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht over de “functies van bestuur”. Bedoeld is de blik te richten op de functies of bestuurlijke taken van een bestuur: het besturen.

133 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 28. Zie ook Nolen & Huisman 2009, p. 13.

Ook in de Wot is sprake van een ongelukkig gebruik van het begrip ‘bestuur’, nu deze het begrip bestuur sinds 2002 definieert als het “bevoegd gezag in de zin van een onderwijswet” waardoor dat bestuur afhankelijk van de sector, de bestuursvorm, de statuten en/of het bestuursreglement de rechtspersoon, het bestuur van de rechtspersoon of het bestuur van de onderwijsinstelling kan zijn. De verwarring is door de onderwijswetgever vergroot doordat tien jaar later in artikel 4 lid 3 Wot de bepaling werd opgenomen dat de intensiteit van het toezicht afhankelijk is “van de wijze waarop de professionaliteit van de instelling en het bestuur is gewaarborgd”. Wat in deze bepaling wordt verstaan onder “het bestuur” is volstrekt onhelder. Gaat het nu om de professionaliteit van het bevoegd gezag (wie dat ook moge zijn) of om de professionaliteit van het bestuurlijk handelen van het bestuurlijk orgaan en de individuele bestuurders?

In de onderwijsrechtelijke literatuur zijn er enkele pogingen gedaan om het begrip bestuur te omschrijven. Zo koos Vermeulen er in 1999 voor om het begrip ‘bestuur’ vooral te bezien in de publieke context. Bij besturen gaat het volgens hem om de uitvoering van een publieke taak: “vormen van concretiseren, toepassen en uitvoeren – zowel het geven van besluiten als het ‘presteren’”.¹³⁴ Inmiddels hebben echter de meeste onderwijsorganisaties een private rechtsvorm. Een tweede benadering is het maken van een onderscheid tussen bestuur en management, waarbij bestuur ziet op de rechtspersoon of het bestuurlijk orgaan en besturen een activiteit is en ziet op management en dagelijkse leiding. Dit onderscheid is onder meer terug te vinden in de nota ‘Meer over management’ uit 1985.

“Het bestuur is verantwoordelijk voor de vaststelling van het te voeren beleid in hoofdlijnen, en het draagt er zorg voor dat periodiek de beleidsuitvoering wordt geëvalueerd in het licht van het vastgestelde beleid. (...) Management houdt daarentegen in: het geven van dagelijkse leiding aan handelingen waarbinnen het vastgestelde beleid daadwerkelijk een uitwerking verkrijgt. Het begrip management heeft derhalve betrekking op de dagelijkse leiding.”¹³⁵

De Onderwijsraad bezag in 2004 in zijn advies ‘Degelijk onderwijsbestuur’ vervolgens management als een van de verplichtingen van besturen.

“Besturen betekent verantwoordelijkheid dragen, verantwoording afleggen en vertrouwen verwerven. Drie bijbehorende verplichtingen zijn: rentmeesterschap (goed vermogensbeheer), management en control (beleid uitstippelen, besluiten

¹³⁴ Vermeulen 1999, p. 3-4.

¹³⁵ *Meer over management* 1995. Deze notitie is uitgebreid besproken in een themanummer van *School en Wet* over deregulering in het onderwijs: Deregulering. *School en Wet* 1986, 9, p. 149-173.

nemen, zorgvuldige procedures) en ‘going concern’ (gericht op verwezenlijken van – maatschappelijke doeleinden van de rechtspersoon).”¹³⁶

B. Instandhouding

Een volgend kernbegrip in de onderwijswetgeving is het ‘in stand houden’ of de ‘instandhouding’ van een school of instelling.¹³⁷ Vanuit het perspectief van het algemeen rechtspersonenrecht kan in stand houden worden begrepen als de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon voor het in stand houden van de met die rechtspersoon ‘verbonden onderneming’ (vgl. artikelen 2:48 lid 3, 57, 140, 250 lid 2 en 2:299a BW). De Wet op de ondernemingsraden spreekt over het door een ondernemer in stand houden van een onderneming (artikel 2 lid 1 Wor). Beide voorbeelden geven aan dat er bij instandhouding sprake is van een onderscheid tussen de rechtspersoon en de in stand gehouden onderneming. De onderneming wordt in stand gehouden door de rechtspersoon en de bestuurders hebben de verplichting om dat zorgvuldig te doen.

De onderwijssectorwetten maken dit onderscheid niet altijd. Vaak wordt bijvoorbeeld ‘bestuur’ gebruikt waar men ‘in stand houden’ verwacht. Zo bepaalt artikel 49 Wvo dat een bijzondere school “staat onder het bestuur van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid”. De formulering is te herleiden tot artikel 54bis Lager onderwijswet 1889 (waarin ook werd gesproken over “onder het bestuur” staan), maar de formulering wijkt af van het huidige artikel 55 Wpo. Dat artikel bepaalt immers: “Een bijzondere school wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid (...)”.

Een voorbeeld is ook artikel 17a Wpo en artikel 24d Wvo waarin wordt opgemerkt dat het bevoegd gezag zorg dient te dragen “voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop en met een rechtmatig bestuur en beheer”. In de memorie van toelichting wordt over dit goed besturen opgemerkt dat het niet alleen gaat om de statutaire bestuursfunctie maar vooral om de te vervullen management- en beheerstaken.¹³⁸ Hoewel het hier gaat om een voor de onderwijsorganisatie geldend wettelijk voorschrift, richt de toelichting zich vooral op het kennelijk functioneren van het bestuur. Met de aanvullende zinsnede ‘rechtmatig bestuur en beheer’ kan weinig anders bedoeld zijn dan dat (a) van bestuurders verwacht wordt dat zij besturen binnen de wet

¹³⁶ Onderwijsraad 2004b, p. 17.

¹³⁷ Voorbeelden daarvan treffen we aan bij de definitiebepalingen, de paragrafen die zien op bestuursoverdracht, de bepalingen die de bestuursvorm regelen en de bekostiging (materiële instandhouding).

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 23 en 26.

en (b) dat de door de onderwijsorganisatie verkregen publieke middelen door die onderwijsorganisatie rechtmatig moeten worden verkregen en besteed.¹³⁹

De artikelen 164a Wpo en 104a Wvo bevestigen deze dubbele lezing. Beide artikelen geven de minister van OCW de bevoegdheid om als “de kwaliteit van het onderwijs of de kwaliteit van het bestuur” ernstig of langdurig tekortschiet op verzoek van het bevoegd gezag of in overeenstemming met het bevoegd gezag maatregelen te treffen. Het heeft er veel van weg dat het niet zozeer gaat om de kwaliteit van het bestuurlijk orgaan als zodanig, maar om de kwaliteit (of nog beter: de zorgvuldigheid) van het in stand houden van de school en het bijbehorend (financieel) beheer. Dat zou aansluiten bij de in artikel 2:10 BW beschreven verplichting van het bestuurlijk orgaan om zorg te dragen voor een zorgvuldige administratie.

Het ‘in stand houden’ heeft in het onderwijs ook een meer historische betekenis. Instandhouding ziet van oudsher op het ‘financieel onderhouden’ van de school. In de Schoolwet 1806 en het bijbehorende Reglement voor het Lager Schoolwezen en Onderwijs binnen de Bataafsche Republiek alsmede de Lager onderwijswetten van 1857, 1878 en 1889 komt meermaals het begrip ‘onderhouden’ terug. Degene die de school in stand hield, werd verantwoordelijk geacht voor het bijeenbrengen en beheren van de voor het geven van onderwijs noodzakelijke financiële middelen. De begrippen personele en materiële instandhouding in de Wpo en de Wvo ter aanduiding van de te ontvangen bekostiging vormen de hedendaagse opvolgers van dit (financieel) onderhouden.¹⁴⁰

C. Beheer

Het kernbegrip ‘in stand houden’ vertoont veel verwantschap met het kernbegrip ‘beheer’.¹⁴¹ Niet voor niets bepaalt artikel 49 lid 2 Wvo dat het schoolbestuur zorg draagt “voor een deskundig beheer”. De wetsgeschiedenis bij deze zorgplicht maakt duidelijk dat beheer ook kan worden gelezen als financieel beheer.¹⁴² De op artikel 49 lid 2 Wvo geënte artikelen 2.5.3 en 2.5.6 Web spreken dan ook over respectievelijk “financieel beheer” en “doelmatig beheer”. Het begrip ‘beheer’ schurkt ook aan tegen die bepalingen in het Burgerlijk Wetboek die zien op de verantwoordelijkheid van het bestuur voor het financieel beheer, de financiële

139 In de Web wordt in dit kader aangegeven dat uit de jaarrekening moet blijken dat sprake is van een rechtmatige en doelmatige aanwending van de rijksbijdrage (artikel 2.5.3 Web). Een vergelijkbare wettelijke bepaling voor het primair en voortgezet onderwijs ontbreekt.

140 Een citaat uit 1976 bij de latere Wet Basis Onderwijs 1985 bevestigt dit: “Het hoofdstuk over de bekostiging onderscheidt de stichting van een school als onderwijsinstituut, de voorziening in de huisvesting en de instandhouding van de school”. Zie *Kamerstukken II 1976/77*, 14428, nr. 3, p. 9.

141 Zie o.a. artikel 17a Wpo, artikel 24d Wvo, artikel 49 lid 2 Wvo, artikel 9.2 lid 1 Whw en artikel 3 lid 2 sub d en artikel 4 lid 3 Wot.

142 *Kamerstukken II 1960/61*, 5350, nr. 3, p. 22 en *Kamerstukken II 1960/61*, 5350, nr. 8, p. 68.

administratie en het financieel beleid. Het onderwijsrechtelijke kernbegrip beheer kan om die reden worden opgevat als de verplichting van de onderwijsorganisatie en het bestuurlijk orgaan om zorg te dragen voor een zorgvuldig financieel beheer en de bijbehorende (financiële) administratie. Die verplichting geeft uiteindelijk invulling aan de omvang van de van de bestuurder verlangde bestuurs taak.

3.3.4 *Herziening onderwijsrechtelijke kernbegrippen bestuur, besturen, instandhouding en beheer*

Het voorgaande leert dat het Burgerlijk Wetboek en de onderwijssectorwetten de kernbegrippen bestuur en besturen niet definiëren. Het gegeven dat in het Burgerlijk Wetboek een wettelijke omschrijving van de bestuurs taak ontbreekt, leidt in de praktijk tot weinig ongelukken. Duidelijk is dat de ondergrens van besturen wordt gevormd door de leerstukken redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 en artikel 6:162 BW), behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) zorgvuldige administratie (artikel 2:10 BW), alsmede wanbeheer en wanbeleid (artikel 2:298 BW en artikel 2:355 BW). Als gevolg van de grote hoeveelheid jurisprudentie over deze leerstukken is die ondergrens redelijk uitgekristalliseerd.¹⁴³ Wel is bepaald dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken (artikel 2: lid 2 BW) en wordt algemeen aanvaard dat de bestuurs taak in elk geval drie functies omvat: leiding geven, beleid bepalen en beheren.

Ook de onderwijswetgeving definieert inhoud of omvang van de taak van de bestuurder niet. Uit het voorgaande kan wel worden afgeleid dat de bestuurs taak in elk geval omvat het als lid van het bestuurlijk orgaan zorgdragen voor het zorgvuldig in stand houden van de school of instelling en het professioneel (financieel) beheren van die onderwijsinstelling. De vraag wanneer hieraan niet wordt voldaan, is minder eenvoudig te beantwoorden. Elementen voor die ondergrens zijn versnipperd te vinden in normen als “ernstig of langdurig tekortschieten van de kwaliteit van het onderwijs” (artikel 10a Wpo; artikel 23a1 Wvo), “ernstige taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet” (artikel 48 lid 11 Wpo; artikel 42b lid 11 Wvo), “professionaliteit van het bestuur en beheer” (artikel 4 lid 3 Wot), “wanbeheer” (artikel 163b Wpo; artikel 103g Wvo; artikel 9.1.4a Web en artikelen 9.9a, 10.3e, 11.7 Whw) en “ernstig of langdurig tekortschieten van de kwaliteit van het bestuur” (artikel 164 Wpo; artikel 104a Wvo). De reikwijdte van de bij die ondergrens behorende normen is door de onduidelijkheid over de adreassaats van deze normen, de versnippering en het – gelukkig – ontbreken van veel jurisprudentie ongewis.

143 Vgl. o.a. HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499 (ING/Verweerders). Zie ook de conclusie 3.12 van A-G Timmerman bij dit arrest.

Vanuit het perspectief van het bestuurlijk organisatierecht en het beginsel van inzichtelijkheid ligt het voor de hand om daar waar mogelijk te kiezen voor heldere kernbegrippen. Die helderheid kan worden geboden door in de toekomst in de onderwijswet- en regelgeving voor alle onderwijssectoren en bestuursvormen uit te gaan van een formulering die aansluit bij het algemeen rechtspersonenrecht.

– Bestuur

Het bestuur is het bestuurlijk orgaan van de onderwijsorganisatie die de onderwijsinstelling in stand houdt, ongeacht de vraag of de onderwijsorganisatie een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft. Het bestuur kan gelijk zijn aan het college van bestuur, de directie, de rector of het instellingsbestuur als bestuursorganen van de onderwijsinstelling.

– Besturen

Besturen is besturen als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek. Het bijbehorende normatief kader volgt de norm van behoorlijke taakvervulling, de verantwoordelijkheid van de bestuurder voor de algemene gang van zaken en de belangen waarnaar de bestuurder zich dient te richten. Het leiding geven aan de interne bestuursorganisatie, het in stand houden van de onderwijsinstelling en het beheren van financiën en administratie zijn functies of elementen van de bestuurlijke taak. Ook het vertegenwoordigen van de onderwijsorganisatie maakt uit zijn aard onderdeel uit van de taak van de bestuurder.

– Instandhouding

Het door de onderwijsorganisatie in stand houden van een onderwijsinstelling. Elementen van de bijbehorende instandhoudingsverplichting zijn het organiseren van de huisvesting en de organisatie van de materiële, financiële en personele middelen.

– Beheer

Het financieel beheer en de bijbehorende (financiële) administratie nodig voor het besturen van de onderwijsorganisatie en de instandhouding van een onderwijsinstelling.

De formulering van deze vier kernbegrippen is met opzet neutraal. Het meenemen van de omvang van de bestuurstaak en de door de bestuurder te betrachten en af te wegen belangen, zouden de kernbegrippen normatiever van aard maken. Zie verder paragraaf 3.6.4.

3.4 ONDERWIJSRECHTELIJKE KERNBEGRIPPEN: SCHOOL EN INSTELLING

3.4.1 *Inleiding*

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de onderwijsrechtelijke kernbegrippen school en instelling. Inzicht in deze kernbegrippen helpt om de positie van de bestuurder verder te bepalen en de inrichting van onderwijsorganisaties te begrijpen.

In paragraaf 3.4.2 wordt het begrip school in de Wpo en de Wvo besproken. In paragraaf 3.4.3 komt het begrip instelling als gebruikt in de Web en de Whw aan de orde. Een voorstel tot herziening van de kernbegrippen school en instelling is te vinden in paragraaf 3.4.4.

3.4.2 *Het kernbegrip school in de Wpo en de Wvo*

A. Een school is een school, tenzij het tegendeel blijkt

Wanneer is een school ook wettelijk een school? Zowel de Wpo als de Wvo definieert een school als een school, “tenzij het tegendeel blijkt” (artikel 1 Wpo en artikel 1 Wvo). Deze benadering sluit aan bij de vrijheid van onderwijs op basis waarvan het in beginsel aan degene is die de school in stand houdt om te bepalen of hetgeen hij in stand houdt wel een school is. Deze vrijheid is wel begrensd. Uit de Leerplichtwet 1969 volgt dat ten behoeve van de handhaving van de leerplicht het college van burgemeester en wethouders zich een oordeel moet vormen over de vraag of een school een school is. Bij dat oordeel moet het voorafgaand door de Inspectie van het Onderwijs gegeven advies worden gevolgd (artikel 1a1 lid 2 juncto artikel 1 onderdeel b subonderdeel 3 Leerplichtwet 1969). Dat advies kan ook negatief zijn.

Bij de particuliere scholen De Kampanje en De Koers leidde dit in 2009 tot een geschil tussen ouders en de Inspectie van het Onderwijs.¹⁴⁴ De conclusie van de Inspectie van het Onderwijs was dat geen sprake was van het geven van onderwijs omdat het ontbrak aan een zekere mate van sturing en structurering van het leerproces.¹⁴⁵ Om die reden voldeed

¹⁴⁴ ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2291, AB 2012, 23 m.nt. N. Noorlander.

¹⁴⁵ ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2291, AB 2012, 23 m.nt. N. Noorlander, r.o. 2.6.1: “Het betoog van De Koers ter zitting dat de inspectie de invulling van het criterium ‘geven van onderwijs’ heeft beperkt tot het uitsluitend op klassikale wijze door de docent overdragen van kennis en vaardigheden aan leerplichtigen en dat die uitleg in strijd is met het in de Grondwet opgenomen recht op onderwijsvrijheid, faalt. De inspectie gaat, zoals zij ter zitting heeft toegelicht, niet uit van deze beperkte uitleg, maar rekent tot het geven van onderwijs ook het vraaggestuurde onderwijs, mits sprake is van overdracht van kennis en vaardigheden op leerplichtigen. Daarbij gaat zij terecht uit van een zekere mate van sturing en structurering

volgens de Inspectie van het Onderwijs de school wat de inrichting van het onderwijs betreft niet aan de criteria tot het geven van onderwijs in de kerndoelen en de aan de leraren te stellen bevoegdheidseisen.

De uitspraken bij De Koers en De Kampanje bevestigen dat de overheid normen mag formuleren om te kunnen beoordelen of een school wel als school kwalificeert. Dat de overheid die bevoegdheid heeft, volgt uit artikel 2 Eerste Protocol EVRM en artikel 13 lid 3 IVESCR.¹⁴⁶ Die vrijheid is echter niet ongeclausuleerd en bij het formuleren van de rechtsnorm komt de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid en beleidsruimte toe, die de rechter heeft te respecteren.

B. De kernbegrippen school, nevenvestiging en dislocatie

Het kernbegrip school speelt in het funderend onderwijs een rol bij de aanspraak op bekostiging en huisvesting. De kernbegrippen nevenvestiging en dislocatie zijn afgeleiden. Zij hebben vooral administratieve betekenis. Een dislocatie is bijvoorbeeld een deel van een school of nevenvestiging dat zich op een andere locatie bevindt dan de plaats van vestiging van die school of nevenvestiging (artikel 84a lid 1 Wpo). Een dislocatie kan op termijn worden verzelfstandigd tot een school.

Een belangrijk element van de wettelijke definitie is dat een school ‘in stand gehouden’ wordt door een rechtspersoon. Dit in stand houden suggereert dat sprake is van rechten en verplichtingen die berusten bij een instandhoudende rechtspersoon en dat die rechtspersoon dus zakelijke rechten heeft en eigenaar is van de school. Die suggestie kwam ook in 1889 aan de orde naar aanleiding van de eerder hiervoor besproken zinsnede “de school staat onder bestuur van” in de Lager onderwijswet 1889. Door de leden van de Tweede Kamer werd gevraagd of niet moest worden gesproken over een ‘eigendom’ van een school. De regering antwoordde hier destijds op dat dit primair gold voor het gebouw.¹⁴⁷

van het leerproces, aangezien uit de Wpo en de Wvo volgt dat de leerplichtigen langs de kerndoelen moeten worden geleid en hun vorderingen inzichtelijk moeten zijn. Deze door de inspectie gegeven invulling van het criterium onderwijs, die is ingegeven door de wettelijke kwaliteitseisen aan het onderwijs, waaronder de kerndoelen als aan het eind van het basisonderwijs te bereiken doelstellingen, is geenszins in strijd met de in de Grondwet gewaarborgde vrijheid tot het geven van onderwijs en het in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden opgenomen recht op onderwijs.” Zie ook ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695, *Gst.* 2013/11 m.nt. P.W.A. Huisman (De Kampanje), r.o. 2.6.2 en ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, *AB* 2013/309 m.nt. P.J.J. Zoontjens, *Gst.* 2013/10 m.nt. P.W.A. Huisman, *JIN* 2012/189 m.nt. C.L.G.F.H. Albers e.a. (De Koers), r.o. 2.10.1.

146 In de uitspraak van de ABRvS bij De Kampanje wordt in rechtsoverweging 2.6.3 uitdrukkelijk verwezen naar EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03, *EHCR* 2007, 14 (Konrad e.a./Duitsland).

147 *Kamerstukken II* 1888/89, nr. 10, p. 35: “Beperking der bijdrage tot die scholen waarvan het gebouw eigendom van rechtspersonen is, zou het wetsontwerp niet volledig doen beantwoorden aan het doel, het verlenen van steun aan alle bijzondere scholen niet als bedrijf gehouden, en zij zou bovendien ten gevolge hebben

Schema 3.4.2a – Kernbegrip school

Wettelijk kader	Begrip/belang	Wettelijke omschrijving
Artikel 1 Wpo	school	een basisschool of een speciale school voor basisonderwijs, tenzij het tegendeel blijkt;
	basisschool	een school waar basisonderwijs wordt gegeven, niet zijnde een speciale school voor basisonderwijs;
	openbare school	a. een door een of meer gemeenten, al dan niet tezamen met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid in stand gehouden school; b. een door een openbare rechtspersoon als bedoeld in artikel 47 in stand gehouden school; dan wel c. een door een stichting als bedoeld in artikel 17 of artikel 48 in stand gehouden school;
	bijzondere school	door een natuurlijk persoon of een privaatrechtelijke rechtspersoon, niet zijnde een stichting als bedoeld in artikel 48, in stand gehouden school;
	nevenvestiging	deel van een school, dat op de plaats waar het onderwijs wordt gegeven voordat het een deel van de school werd als zelfstandige school functioneerde;
Artikel 1 Wvo	school	een school voor voortgezet onderwijs, tenzij het tegendeel blijkt;
	openbare school	a. een school in stand gehouden door een gemeente, dan wel door een openbaar lichaam, ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, waarin deelnemen een of meer gemeenten, al dan niet te zamen met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid; b. een door een openbare rechtspersoon als bedoeld in artikel 42a in stand gehouden school; c. een door een stichting als bedoeld in artikel 42b of artikel 53c in stand gehouden school;
	bijzondere school	een door een natuurlijke persoon of door een privaatrechtelijke rechtspersoon, niet zijnde een stichting als bedoeld in artikel 42b, in stand gehouden school; (...)

Een school is geen rechtssubject en ook geen zelfstandig drager van bevoegdheden; wel is de school een belangrijk aangrijpingspunt.¹⁴⁸ Analyseert men het gebruik van het begrip school in de onderwijswet- en regelgeving, dan blijkt dat sprake is van in elk geval drie juridische invalshoeken:

- de school in de zin van gebouw of locatie;

dat instellingen of verenigingen wier financiële toestand, wegens het bezit van een eigen schoolgebouw gunstig is te noemen, de Rijksbijdrage zouden genieten, terwijl instellingen of verenigingen, die hare uitgaven door de huur van een gebouw belangrijk zien bezwaard, van die bijdrage zouden zijn uitgesloten.”

148 Vgl. Onderwijsraad 2010b, p. 17-18.

- de school als het geheel van rechten en verplichtingen;
- de school als administratief aanknopingspunt ten behoeve van de aanspraak op bekostiging.

Ad 1) De school als gebouw of locatie

De in 1889 gestelde vraag over het ‘eigenaarschap’ van de school vond zijn oorsprong in de onderliggende vraag of niet een beroep moest worden gedaan op vrijstelling van gemeentelijke grondbelastingen voor inrichtingen en verenigingen met rechtspersoonlijkheid.¹⁴⁹ Deze vraag maakt duidelijk dat het begrip school allereerst een fysieke betekenis heeft. De school wordt soms opgevat als schoolgebouw en/of onderwijzerslocatie. Sinds de overheveling van de huisvestingsgelden van het Rijk naar de gemeenten, hanteren de Wpo en de Wvo in dit verband inmiddels primair het begrip ‘voorziening’. Ook bij de vraag of leerlingen naar school gaan treffen we de neiging om het begrip school fysiek uit te leggen. Dit blijkt vooral op het moment dat onderwijsorganisaties samen onderwijs verzorgen. In die situatie ontstaat al snel de vraag welke onderwijsorganisatie recht heeft op bekostiging en op wiens school de leerlingen behoren te worden ingeschreven. Is dat de onderwijsorganisatie die zich bereid heeft verklaard de eindverantwoordelijkheid te dragen voor het onderwijs aan deze leerlingen of is het de onderwijsorganisatie die de locatie in stand houdt waar de leerlingen fysiek naartoe gaan? Uit de jurisprudentie over het recht op bekostiging bij samenwerkingen lijkt te volgen dat de fysieke benadering een belangrijke rol speelt.¹⁵⁰

Ad 2) De school als geheel van rechten en verplichtingen

De school als een geheel van rechten en verplichtingen vormt voor de onderwijswetgever een tweede invalshoek. De school staat dan gelijk aan het geheel van rechten en verplichtingen dat het mogelijk maakt dat onderwijs wordt gegeven en daartoe vervolgens verplicht. Een leerling wordt toegelaten tot een school. Leraren hebben een rechtsbetrekking met de onderwijsorganisatie maar worden benoemd of aangesteld bij de school. Elke school dient ook een eigen schoolplan en schoolgids te hebben.

Het bezien van de school als een geheel van rechten en verplichtingen leidt tot de vraag of de school is aan te duiden als een ‘eenheid’ of ‘gemeenschap’.¹⁵¹ De onderwijswetgever gaat hier wel van uit. Bij verzelfstandigingen en bestuurlijke fusies wordt de school als geheel

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1888/89, nr. 10, p. 33.

¹⁵⁰ Artikel 7 lid 4 Bekostigingsbesluit WVO. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG5019 (AMA-zaken; Terugvordering bekostiging), Rb. Den Haag 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD8709 (AMA-zaken; Terugvordering bekostiging), Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2014, BRE 12/4503 WET (Biezonderwijs/OCW) en ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173 (OCW/Aloysius; bekostiging De Korenaer).

¹⁵¹ Vgl. Onderwijsraad 2010a, p. 22.

van rechten en verplichtingen bestuurlijk overgedragen aan een ander. Deze bestuursoverdracht bestaat uit de overdracht van de activa en passiva die redelijkerwijs tot de school worden gerekend. De voor de bestuursoverdracht vereiste bestuursbevoegdheid berust bij de onderwijsorganisatie.

De Wpo en de Wvo gaan ervan uit dat een rechtspersoon meerdere scholen als afzonderlijke gemeenschappen in stand kan houden. Bij de toelichting op de Wet basisonderwijs werd dit bevestigd met de opmerking dat een bestuur één of meer scholen kan beheren.¹⁵² De vergelijking met de ‘onderneming’ als bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden is dan al snel gemaakt.¹⁵³

De juridische betekenis van het onderscheid tussen onderwijsorganisatie en school heeft vooral betekenis voor de aanspraak op bekostiging en de verdeling van publieke middelen tussen scholen die door één onderwijsorganisatie in stand worden gehouden. De Wpo en de Wvo werken dit slecht uit. Een school wordt voor bekostiging in aanmerking gebracht (artikel 65 Wvo) maar het bevoegd gezag maakt aanspraak op bekostiging (artikel 96m Wvo). Het gegeven dat de onderwijsorganisatie wel civielrechtelijk rechtssubject kan zijn en niet de school als eenheid, brengt mee dat de onderwijsorganisatie en niet de school een recht op bekostiging heeft.

Ad 3) De school als administratieve eenheid

Een school is voorts een administratieve eenheid. De omvang van het recht op bekostiging wordt onder meer berekend per school als administratieve eenheid. Niet alleen de onderwijsorganisatie maar ook elke school ontvangt daartoe van de Dienst Uitvoering Onderwijs een eigen uniek administratienummer.¹⁵⁴ Het administratienummer van de school is het zogeheten BRIN-nummer. BRIN staat voor Basis Registratie Instellingen en is een register dat door DUO wordt beheerd. Op basis van dit BRIN-nummer kan een school worden geïdentificeerd. DUO kan per locatie of vestiging zogeheten BRIN-vestigingsnummers toekennen.

¹⁵² Kamerstukken II 1976/77, 14428, nr. 3, p. 9.

¹⁵³ De SER Fusiegedragsregels hanteren sinds 1 oktober 2015 de volgende formulering voor het begrip onderneming: “elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband, waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”. Deze formulering ziet ook op ondernemingen in de semipublieke sector en de overheid; en dus ook op scholen en onderwijsinstellingen.

¹⁵⁴ De bevoegdheid van DUO is nader uitgewerkt in het Organisatie- en mandaatbesluit OCW 2008. Blijkens dit mandaatbesluit heeft DUO tot taak de basisregisters BRIN, BROI, BRON, CREBO, CRIHO en CROHO te beheren en te onderhouden. Het basisregister instellingen of BRIN heeft (anders dan het BRON, CREBO, CRIHO en CROHO) geen specifieke wettelijke basis, maar maakt onderdeel uit van de eigen administratie van het Ministerie van OCW als beschreven in de Comptabiliteitswet 2001.

3.4.3 *De kernbegrippen instelling, opleiding, faculteit en organisatorische eenheid in de Web en de Whw*

Het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs hanteren het begrip instelling als aangrijpingspunt. Het begrip instelling kent de verschijningsvormen regionaal opleidingscentrum, vakinstelling, agrarisch opleidingscentrum, hogeschool en universiteit. Binnen de instellingen is doorgaans sprake van organisatorische eenheden gericht op het geven van onderwijs. Bij de universiteiten dienen deze te worden aangeduid als faculteiten. Het begrip opleiding ziet op het onderwijsprogramma en het aan die opleiding gekoppelde diploma. Ook deze opleidingen worden soms wel aangemerkt als afzonderlijke organisatorische eenheden met een eigen aansturing.

Ad 1) Het begrip instelling

Net als het begrip school, is het begrip instelling soms gelijk aan het gebouw of de locatie, wordt de instelling soms gezien als een geheel van rechten en verplichtingen en is de instelling in andere gevallen vooral een administratieve eenheid. De roc's en vakinstellingen, de bijzondere universiteiten en de bijzondere hogescholen gaan alle uit van privaatrechtelijke rechtspersonen (artikel 1.1.1 sub w Web en artikel 9.51 lid 1 Whw en Bijlage Whw). Voor deze vier categorieën geldt een onderscheid tussen rechtspersoon en de in stand gehouden instelling. De instelling zelf krijgt een BRIN-nummer van DUO.

Bij de openbare universiteiten is sprake van een vereenzelviging met de rechtspersoon. De openbare universiteiten hebben als openbare instelling op grond van artikel 1.8 lid 2 Whw zelf rechtspersoonlijkheid.¹⁵⁵

Ad 2) Het begrip opleiding

De Whw definieert een opleiding als “een samenhangend geheel van onderwijseenheden, gericht op de verwezenlijking van welomschreven doelstellingen op het gebied van kennis, inzicht en vaardigheden waarover degene die de opleiding voltooit, dient te beschikken” (artikel 7.3 lid 2 1^e volzin Whw). In de Web wordt een beroepsopleiding omschreven als “een onderwijstraject dat voor een deelnemer is ingericht overeenkomstig de eisen van (...) en dat is gericht op het behalen van een kwalificatie in het beroepsonderwijs, ten bewijze waarvan een diploma wordt uitgereikt”. Opleidingen voor hoger onderwijs hebben Croho-nummers (artikel 6.13 Whw) en beroepsopleidingen Crebo-nummers (artikelen 6.1.1, 6.4.1 en 7.2.4 Web).

¹⁵⁵ Overigens geeft artikel 1.1 sub h Whw aan dat de openbare instelling een instelling is die uitgaat van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Deze definitie is strijdig met artikel 1.8 lid 2 Whw en de formulering in de Bijlage bij de Whw.

Een instelling is een verzameling van opleidingen. Een universiteit biedt wetenschappelijke opleidingen aan, een hogeschool opleidingen voor hoger beroepsonderwijs en een opleidingscentrum beroepsopleidingen. Louw geeft aan dat de huidige Whw het mogelijk maakt dat een universiteit ook opleidingen voor hoger beroepsonderwijs verzorgt en dat een hogeschool wetenschappelijke opleidingen kan verzorgen (al dan niet bekostigd).¹⁵⁶ Hierdoor is het verschil tussen universiteiten en hogescholen formeel minder groot dan zij op het oog lijkt. Louw noemt dit een inbreuk op het wettelijke systeem dat ervan uitgaat dat instellingen voor hoger onderwijs bij wet voor bekostiging in aanmerking worden gebracht.¹⁵⁷

Ad 3) De begrippen faculteit en organisatorische eenheid

In het funderend onderwijs kan een rechtspersoon meerdere scholen in stand kan houden. In het middelbaar beroepsonderwijs en het bijzonder hoger onderwijs bestaat deze mogelijkheid om meerdere instellingen in stand te houden ook. Om toch de bestuurlijke organisatie kleinschaliger te organiseren, bieden de Web en de Whw de mogelijkheid om binnen de instellingen organisatorische eenheden (artikel 9.1.7 Web) respectievelijk faculteiten (artikel 9.11 Whw en artikel 10.3 a Whw) in te richten. Deze mogelijkheid is enigszins vergelijkbaar met het idee van een afdeling binnen een school voor voortgezet onderwijs (artikel 8, 10c en 65 Wvo). Bovendien werken de Web en de Whw de bestuurlijke organisatie van deze eenheden verder uit. Zo is expliciet bevestigd dat organisatorische eenheden en faculteiten een directie kunnen hebben met eigen aan die directie opgedragen taken en bevoegdheden (artikel 9.1.7 Web, artikel 9.11 Whw en artikel 10.3 a Whw).

De mogelijkheid om binnen de instelling meerdere organisatorische eenheden in te richten, biedt onderwijsorganisaties ruimte om te komen tot kleinschaliger eenheden met eigen directeuren, eigen deelbegrotingen en eigen (gemandateerde) verantwoordelijkheden. De directeur van een faculteit wordt bij universiteiten doorgaans aangeduid als decaan. De verzorging van het onderwijs en de beoefening van de wetenschap geschieden in de faculteit en de decaan staat “aan het hoofd van de faculteit” (artikel 9.12 lid 1 Whw). Het hoger en middelbaar beroepsonderwijs kennen niet eenzelfde wettelijke regeling. De mogelijkheid tot het vormen van organisatorische eenheden is voor hen verstopt in de bepaling die verplicht tot het vaststellen van een bestuursreglement (artikel 9.1.7 lid 2 Web en artikel 10.3b Whw).

¹⁵⁶ Louw 2011, p. 38.

¹⁵⁷ Louw 2011, p. 38.

3.4.4 *Herziening onderwijsrechtelijke kernbegrippen onderwijsinstelling, opleiding, faculteit en organisatorische eenheid*

Uit het voorgaande blijkt dat ook nu het onderwijsrechtelijk begrippenkader weinig inzichtelijk is. Uitgaande van inzichtelijkheid en ruimte om naar eigen inzicht de interne organisatie in te richten kan een herziening van de kernbegrippen er als volgt uit zien.

- Onderwijsinstelling
 - Een onderwijsinstelling is een door een onderwijsorganisatie (lees: rechtspersoon) in stand gehouden school, opleidingscentrum, hogeschool of universiteit.
 - Een onderwijsorganisatie kan meerdere onderwijsinstellingen in stand houden.
 - Een onderwijsinstelling is in elk geval een administratieve eenheid.
- Organisatorische eenheid
 - Een organisatorische eenheid is een door het ‘hoofd’ van de onderwijsinstelling aan te wijzen organisatorische eenheid binnen de onderwijsinstelling.
 - Een organisatorische eenheid kan een (groep van) afdeling, faculteit, vestiging, locatie of opleiding zijn.
 - Zowel binnen de onderwijsorganisatie als binnen de onderwijsinstelling kan sprake zijn van ondersteunende en/of administratieve eenheden. Deze diensten kwalificeren ook als organisatorische eenheid.

3.5 BESTUURSVORMEN IN HET ONDERWIJS

3.5.1 *Inleiding*

In deze paragraaf worden de diverse bestuursvormen in het onderwijs beschreven. Het aantal mogelijke bestuursvormen in het onderwijs is groot, zoals is terug te zien in schema 3.5.1. Daar staat tegenover dat 99% van alle onderwijsorganisaties in Nederland een private rechtsvorm kent. Voor het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger beroepsonderwijs geldt zelfs dat alle onderwijsorganisaties bijzonder zijn. Alleen bij de universiteiten heeft het merendeel van de onderwijsorganisaties een publiekrechtelijk karakter.

De bestuursvormen in het primair en voortgezet onderwijs worden besproken in de paragrafen 3.6.2. De zorgplicht scheiding functie bestuur en intern toezicht en de regeling interne bestuursorganisatie worden in deze paragraaf soms kort besproken, maar komen uitgebreider aan bod in hoofdstuk 4.

Schema 3.5.1 – Mogelijke bestuursvormen in het onderwijs

Bestuursvormen in het onderwijs	
Primair onderwijs en voortgezet onderwijs	
1.	Stichtingen openbaar onderwijs
2.	Samenwerkingsstichting openbaar en bijzonder onderwijs
3.	Stichting samenwerkingsschool
4.	Stichtingen bijzonder onderwijs
5.	Verenigingen bijzonder onderwijs
6.	Coöperatieve vereniging (bijzonder onderwijs)
7.	Gemeente (integraal bestuur openbaar onderwijs)
8.	Bestuurscommissie openbaar onderwijs
9.	Openbare rechtspersoon openbaar onderwijs
10.	Openbaar lichaam (gemeenschappelijke regeling)
Middelbaar beroepsonderwijs	
11.	Gemeente (integraal bestuur openbaar onderwijs)
12.	Bestuurscommissie openbaar onderwijs
13.	Openbaar lichaam (gemeenschappelijke regeling)
14.	Stichting bijzonder onderwijs
15.	Vereniging bijzonder onderwijs
Hogescholen	
16.	Openbare rechtspersoon
17.	Stichting bijzonder onderwijs
18.	Vereniging bijzonder onderwijs
Universiteiten	
19.	Openbare rechtspersoon
20.	Stichting bijzonder onderwijs
21.	Vereniging bijzonder onderwijs

3.5.2 Bestuursvormen primair en voortgezet onderwijs**A. Publiekrechtelijke bestuursvormen voor openbaar onderwijs**

Het uitgangspunt dat een openbare school door de overheid in stand wordt gehouden, is in 1997 verlaten met de inwerkingtreding van de Wet bestuursvormen openbaar onderwijs.¹⁵⁸ Deze wet introduceerde de openbare rechtspersoon en de stichting voor openbaar

¹⁵⁸ Wet bestuursvormen openbaar onderwijs (Stb. 1997, 50; dossier 24138).

onderwijs. Een jaar later werd de zogeheten samenwerkingsstichting ingevoegd.¹⁵⁹ Hierdoor is inmiddels de vraag of sprake is van een openbare school alleen nog afhankelijk van het al dan niet openbare karakter van het onderwijs op de school. Sinds 2011 bestaat ook de mogelijkheid om te kiezen voor het aanbieden van openbaar onderwijs door een samenwerkingsschool in stand te houden.¹⁶⁰

De achtergrond van de wijzigingen was de behoefte aan verzelfstandiging van het openbaar onderwijs. De keuze voor verzelfstandiging bood openbare onderwijsorganisaties de ruimte om zich meer zelfstandig te positioneren en bood gemeenten de kans om bij de uitvoering van het lokaal onderwijs- en huisvestingsbeleid, de rol van onafhankelijk gesprekspartner op zich te nemen. De financiële bestedingsvrijheid nam toe als gevolg van het Formatie-budgetsysteem (FBS).¹⁶¹ De verzelfstandiging van het openbaar onderwijs viel samen met de overdracht van de huisvestingsverantwoordelijkheid van het Rijk naar de gemeenten. Het effect daarvan was dat zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs met de gemeenten moest ‘onderhandelen’ over zijn voorzieningen in de huisvesting. Ter bevordering van een gelijk speelveld werd daarom gepleit voor meer afstand tussen het gemeentebestuur en de openbare scholen. De verzelfstandiging van het openbaar onderwijs volgde ook de gezamenlijke richtinggevende uitspraken binnen het Schevenings Beraad.¹⁶²

Het aantal onderwijsorganisaties dat nog een publiekrechtelijke bestuursvorm kent, is zeer beperkt. De Wpo en de Wvo bieden de volgende mogelijkheden:

1. integraal bestuur door de gemeente;
2. bestuurscommissie;
3. openbaar lichaam (Wet gemeenschappelijke regelingen);
4. openbare rechtspersoon.

De bestuursvorm integraal bestuur houdt in dat de openbare school in stand wordt gehouden door de gemeente zelf en dat het bestuur van de openbare school valt binnen de integrale bestuurstaak van de gemeente. In 2014 waren er in het primair onderwijs nog zeven onderwijsorganisaties met deze bestuursvorm en in het voortgezet onderwijs zes.¹⁶³

De bestuursvorm bestuurscommissie genoot tot 1997 veel populariteit. In het primair onderwijs was in 2014 echter nog maar sprake van vijf onderwijsorganisaties met deze

159 Wet bestuurlijke fusie tussen openbare en bijzondere scholen (Stb. 1998, 294; dossier 24137).

160 Wet samenwerkingsschool (Stb. 2011, 287; dossier 32134).

161 Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21140, nr. 1 en Invoeringswet FBS (Stb. 1992, 113; dossier 21140).

162 Schevenings Beraad 1993, p. 41-43 (Hoofdstuk 6).

163 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl. De kans bestaat dat de aantallen soms zelfs iets lager zijn. Het vermoeden bestaat dat niet alle wijzigingen zijn verwerkt in de registratie van DUO.

bestuursvorm en in het voortgezet onderwijs van één onderwijsorganisatie.¹⁶⁴ De bestuursvorm van de bestuurscommissie vindt zijn grondslag in het huidige artikel 83 Gemeentewet.

De mogelijkheid om een onderwijsorganisatie voor primair en/of voortgezet openbaar onderwijs vorm te geven als openbaar lichaam is te vinden in artikel 8 Wet gemeenschappelijke regeling, de definitiebepaling van bevoegd gezag in artikel 1 Wpo en de definitiebepaling van de openbare school in artikel 1 Wvo. In het voortgezet onderwijs treffen we geen onderwijsorganisaties aan met deze bestuursvorm. In het primair onderwijs vinden we slechts één voorbeeld.¹⁶⁵

De openbare rechtspersoon wordt blijkens artikel 47 Wpo en artikel 42a Wvo opgericht bij gemeentelijke verordening. Ook de openbare rechtspersoon is geen populaire bestuursvorm. Bij DUO waren in 2014 geen organisaties voor primair onderwijs met deze bestuursvorm bekend.¹⁶⁶ De enige onderwijsorganisatie in het voortgezet onderwijs, het Almere College, was in 2015 voornemens over te gaan tot wijziging in de bestuursvorm stichting voor openbaar onderwijs.

B. Stichting openbaar onderwijs (artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo)

Verreweg de populairste bestuursvorm voor het openbaar onderwijs

De stichting openbaar onderwijs is verreweg de populairste bestuursvorm in het primair en voortgezet openbaar onderwijs. In 2014 kende het primair onderwijs 143 onderwijsorganisaties met deze bestuursvorm en in het voortgezet onderwijs was sprake van 80 stichtingen voor openbaar onderwijs.¹⁶⁷

De stichting openbaar onderwijs vindt zijn grondslag in artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo. De wetsgeschiedenis bij de Wet bestuursvormen openbaar onderwijs uit 1997 bevestigt dat de motivatie voor de private bestuursvorm te vinden is in de behoefte aan afstand tussen overheid en onderwijsorganisatie. Als argument werd gewezen op de te nauwe band van de lokale politiek met het openbaar onderwijs, de wens een sterkere ouderparticipatie te verenigen met het publieke karakter van het onderwijs, de behoefte om ruimte te bieden aan de revitalisering van de publieke verantwoordelijkheid van de

164 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl.

165 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl.

166 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl.

167 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl.

gemeente voor al het onderwijs en het mogelijk doelmatiger beheer van scholen bij een verzelfstandiging.¹⁶⁸

Een belangrijk aspect bij de keuze voor deze bestuursvorm is dat bij de inrichting van de stichting voor openbaar onderwijs en bij de beoordeling van het functioneren van het bestuur niet alleen de onderwijswetgeving relevant is, maar ook het algemeen rechtspersonenrecht. Bij de inrichting van de bestuursorganisatie brengt dit mee dat de bepalingen omtrent de taak van het bestuur en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van toepassing zijn (artikel 2:44/291 BW en artikel 2:45/292 BW), dat bij de uitoefeningen van bestuursbevoegdheden door anderen sprake is van handelen krachtens volmacht (artikel 3:60 BW) en dat in de verhouding tot de overheid de rechtspersonenrechtelijke autonomie een belangrijke rol speelt.

Voor de beoordeling van het handelen van bestuurders geldt dat hierop de normen van toepassing zijn zoals die gelden voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen. Die normen zijn onder meer de te betrachten redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW), behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) en rechtsgeldige besluitvorming (artikelen 2:14 en 2:15 BW). Bestuurders kunnen als gevolg ook bestuurlijk aansprakelijk worden gesteld als zij hun bestuurstaat onbehoorlijk vervullen. Het juridisch normenkader is voor bestuurders daarmee wezenlijk anders dan het publiekrechtelijke kader zoals dat geldt voor de openbare rechtspersonen.

Het verschil tussen de openbare rechtspersoon en de stichting voor openbaar onderwijs was volgens de regering vooral een “principiële en zeker ook een gevoelsmatige aangelegenheid”.¹⁶⁹ De gemeente oefent in beide gevallen “niet langer directe invloed uit (...) op de dagelijkse gang van zaken. Het bestuur van de openbare rechtspersoon, respectievelijk van de stichting oefent, zonder enige restrictie, alle taken en bevoegdheden uit, die eigen zijn aan het zijn van bevoegd gezag met uitzondering van de besluitvorming over de opheffing van de school. De gemeente kan hierbij geen beperkingen aanbrengen.”¹⁷⁰ En: “Volgens dit wetsvoorstel zullen stichting en openbare rechtspersoon in alle gevallen volledig bevoegd zijn en met uitsluiting van andere organen optreden als bevoegd gezag.”¹⁷¹ De gemeente kan als gevolg niet op de stoel van het bevoegd gezag van de verzelfstandigde openbare school zitten. Dit uitgangspunt is in de onderwijswetgeving extra bevestigd met de bepaling dat de gemeenteraad het eventueel toekomstige recht tot goedkeuring van de begroting en de jaarrekening slechts kan onthouden “wegens strijd met het recht of met

168 *Kamerstukken II 1992/93, 22827, nr. 6 en Kamerstukken II 1994/95, 24128, nr. 3, p. 3.*

169 *Kamerstukken II 1994/95, 24138, nr. 3, p. 7.*

170 *Kamerstukken II 1994/95, 24138, nr. 3, p. 13.*

171 *Kamerstukken II 1994/95, 24138, nr. 5, p. 7.*

het algemeen belang, waaronder begrepen het financiële belang van de gemeente” (lid 4). Dit suggereert dat het niet verlenen van goedkeuring een specifieke motivering behoeft en dat bijvoorbeeld een verschil van inzicht over het te voeren beleid geen voldoende reden is voor onthouding van de goedkeuring.

De precieze reden van de populariteit van de stichting voor openbaar onderwijs is niet onderzocht. De indruk is dat de populariteit samenhangt met overwegingen als de ervaren afstand tot de gemeente en zelfstandigheid, de gelijkheid ten opzichte van het bijzonder onderwijs en andere maatschappelijke organisaties en de herkenbaarheid van het stichtingsrecht. Een aantal van die overwegingen lijkt aan kracht te hebben gewonnen door de introductie van het raad van toezicht-model, de invoering van de lumpsum-systematiek en de noodzaak tot samenwerking met andere onderwijsorganisaties.

Behoort de stichting voor openbaar onderwijs nog tot de overheid?

Artikel 48 lid 6 Wpo en artikel 42b lid 6 Wvo bepalen dat in de regeling van de stichting voor openbaar onderwijs de ‘overheersende invloed van de overheid in het bestuur’ moet zijn verzekerd. Deze bepaling is de resultante van het advies van de Raad van State die in 1994 opmerkte dat gelet op de constitutionele verantwoordelijkheid van de gemeente voor het voorzien in voldoende openbaar onderwijs, sprake moest zijn van overheersende overheidsinvloed. Alleen dan kon volgens de Raad van State voldaan worden aan de woorden ‘van overheidswege’ (artikel 23 lid 4 Grondwet). Die voorwaarde werd geacht te kunnen worden vervuld door het zelf te doen (binnen de overheid dus) of ‘uit naam’ of ‘op last van de overheid’.¹⁷²

Vermeulen en Zoontjens meenden in 2002 nog dat de stichting voor openbaar onderwijs als “een gemeentelijk orgaan” moest worden gezien. Zij wezen daarbij op artikel 23 Grondwet en het gegeven dat de onderwijswetgeving dwingende waarborgen stelt ten aanzien van de inrichting van de stichting en de vastlegging van het gemeentelijk toezicht op haar functioneren.¹⁷³ Hun opmerking vertoont verwantschap met de in de jaren negentig gevoerde discussie over de vraag of de overheid überhaupt wel gebruik mag maken van de private rechtsvorm voor instandhouding van openbare scholen. De Onderwijsraad merkte in 1993 bijvoorbeeld op dat “geen situatie denkbaar is dat de behartiging van het belang van het openbaar onderwijs een door de gemeenteraad opgerichte stichting vordert”.¹⁷⁴ Dat standpunt van de Onderwijsraad volgt uit het uitgangspunt dat bij de behartiging van taken van de overheid de route van publiekrechtelijke vormgeving

172 *Kamerstukken II* 1994/95, 24138, nr. A, p. 3-4. Zie ook *Kamerstukken II* 1993/94, 23134, nr. A, p. 5.

173 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 122.

174 Onderwijsraad 1993. Zie ook Onderwijsraad 1994.

de voorkeur verdient.¹⁷⁵ Zo bepaalt artikel 160 Gemeentewet dat het college van burgemeester en wethouders slechts kan besluiten tot de oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Aangezien de onderwijswetgeving reeds de figuur van de openbare rechtspersoon kent en de verschillen tussen beide figuren op het oog gering zijn, is het eigenlijk de vraag of in dit geval die ‘bijzonderheid’ wel aanwezig is.

De onderwijswetgever heeft dit pleit beslecht door in 1997 de mogelijkheid van de stichting voor openbaar onderwijs in de Wpo en de Wvo op te nemen. Met de keuze voor opneming van de bepaling dat ‘overheersende invloed van de overheid in het bestuur’ moest zijn verzekerd, werden de bedenkingen van Van der Ploeg uit 1995 tegen het gebruik van overheidsstichtingen in de wind geslagen.¹⁷⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de bewuste zinsnede is toegevoegd om vol te kunnen houden dat het openbaar onderwijs ‘van overheidswege’ – in de zin van ‘uit naam’ of ‘op last van de overheid’ – wordt gegeven.¹⁷⁷ Van der Ploeg meende dat als de overheid taken niet binnen de ambtelijke hiërarchie wil uitvoeren, zij er dan maar voor moet kiezen om de activiteiten meer ‘op afstand’ te zetten of uit te besteden aan een privaatrechtelijke stichting. Bij een keuze voor het laatste had de overheid volgens Van der Ploeg dan wel te ‘aanvaarden dat zij geen overwegende invloed meer kan uitoefenen’.¹⁷⁸ Ook Overes was kritisch over het voorstel maar dan vooral over de uitwerking. Zij wees bijvoorbeeld op het exclusieve karakter van het stichtingenrecht.¹⁷⁹ Eerder was Hirsch Ballin positiever.¹⁸⁰ Mentink gaf aan dat de Grondwet weliswaar ruimte bood voor een private rechtsvorm, maar hij merkte wel op dat er dan strikte juridische voorwaarden moesten gelden die wettelijk dienden te worden vastgelegd.¹⁸¹

De betekenis van dit debat voor de juridische positie van de bestuurder lijkt verwaarloosbaar. De omvang van zijn bestuurlijke taak wordt – gelijk hetgeen geldt voor bestuurders in het bijzonder onderwijs – bepaald door het algemeen rechtspersonenrecht en de statuten van de rechtspersoon. De omvang van de bestuursbevoegdheden verschilt ook niet. Hoogstens kan erop worden gewezen dat de in de artikelen 48 Wpo en 42b Wvo ten gunste van de gemeente opgenomen interventiemogelijkheden, daaronder in het bijzonder begrepen de gemeentelijke bevoegdheid om bij ernstige taakverwaarlozing of handelen in strijd met de wet te voorzien in het bestuur van de scholen, de positie van bestuurders bij

175 Zijlstra 2009, p. 102-103. Zie ook *Bruikbare rechtsorde* 2007.

176 Van der Ploeg 1995, 79.

177 *Kamerstukken II* 1994/95, 24138, nr. A, p. 3-5 en *Kamerstukken II* 1994/95, 24138, nr. 3, p. 13.

178 Van der Ploeg 1995, 79.

179 Overes 1995b, p. 130.

180 Hirsch Ballin 1988.

181 Mentink 1991, p. 68-81.

conflicten met de gemeente afhankelijk maakt van het gemeentelijk oordeel over het bestuurlijk functioneren.¹⁸²

C. Samenwerkingsstichting en samenwerkingsschool

Een wat vreemde eend in de bijt vormen de samenwerkingsstichting en de samenwerkingsschool. Het gaat voor dit onderzoek te ver om te verwijzen naar alle *ins and outs* van deze twee bestuursvormen. Huisman deed dit reeds in 2002 voor de samenwerkingsstichting en daarbij besteedde hij uitgebreid aandacht aan historische achtergrond en motivaties voor de samenwerkingsschool.¹⁸³ Kort samengevat merkt Huisman op dat beide bestuursvormen markeren dat sprake is van een nuancering, relativering en vervaging van het duale bestel van het onderwijs. De bestuurlijk-juridische vormgeving is op elkaar gaan lijken, het belang van het begrip richting voor het bijzonder onderwijs verwatert en het openbaar onderwijs als gevolg 'verbijzondert'.¹⁸⁴ Deze door Huisman beschreven ontwikkeling heeft zich in de jaren nadien doorgezet.

In 2014 was in het primair onderwijs sprake van 21 samenwerkingsstichtingen en in het voortgezet onderwijs van zeventien samenwerkingsstichtingen.¹⁸⁵ Het aantal formele samenwerkingsscholen was nog beperkter. In het primair onderwijs ging het in 2014 om twee samenwerkingsscholen en in het voortgezet onderwijs was geen enkele school een samenwerkingsschool.¹⁸⁶

De samenwerkingsstichting is geregeld in artikel 17 Wpo en artikel 53c Wvo en ingevoegd in 1998.¹⁸⁷ De structuur van de wettelijke bepaling is dat een stichting ten minste één openbare en één bijzondere school in stand houdt. De wettelijk verplichte statutaire doelstelling sluit daarop aan: "Het statutaire doel van de stichting is in elk geval het geven van openbaar onderwijs en onderwijs van een of meer richtingen in afzonderlijke scholen voor openbaar onderscheidenlijk bijzonder onderwijs" (artikel 17 lid 2 Wpo en artikel 53c lid 2 Wvo). Het verschil met de stichting voor openbaar onderwijs is dat de onderwijswetgeving niet voorschrijft dat het bestuur (of de raad van toezicht bij het raad van toezicht-model) dient te worden benoemd door de betrokken gemeenteraad en dat het personeel een arbeidsovereenkomst heeft. Ook heeft de gemeenteraad geen instemmings- of goedkeuringsrecht ten aanzien van de begroting of de jaarrekening maar alleen een overlegrecht (artikel 17 lid 5 sub d Wpo en artikel 53c lid 5 sub d Wvo).

182 Zie verder hoofdstuk 5 en 8.

183 Huisman 2002.

184 Huisman 2002, p. 262-266.

185 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl.

186 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl.

187 Wet bestuurlijke fusie tussen openbare en bijzondere scholen (Stb. 1998, 294; dossier 24137).

Sinds 2011 bestaat daarnaast de mogelijkheid om te kiezen voor het aanbieden van openbaar onderwijs door een samenwerkingsschool in stand te houden.¹⁸⁸ Deze bestuursvorm is opgenomen in artikel 17d Wpo en artikel 53d Wvo. De wettelijke regeling gaat ervan uit dat een samenwerkingsschool (1) een school is waarin zowel openbaar onderwijs als bijzonder onderwijs wordt aangeboden, (2) in stand wordt gehouden door een stichting waarvan het statutaire doel in ieder geval is het in stand houden van een samenwerkings-school, (3) in de statuten is voorzien in een evenwichtige zeggenschapsverdeling wat betreft het openbaar onderwijs en het bijzonder onderwijs en (4) dat het bestuur van de stichting wordt benoemd door de gemeenteraad en een aparte stichting die toeziet op de identiteit van het bijzonder onderwijs. Een samenwerkingsschool komt tot stand door overdracht van een bestaande openbare school en een bestaande bijzondere school aan één stichting en een direct daaropvolgende institutionele fusie.

Aandachtspunt is dat een samenwerkingsschool uitsluitend tot stand kan komen indien daardoor de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven en met de totstandkoming van een samenwerkingsschool wordt voorkomen dat één of meer van de samen te voegen scholen anders onder de opheffingsnorm geraakt. Het gegeven dat er slechts een zeer miniem aantal scholen kwalificeert als samenwerkingsschool, roept de vraag op of alle bestuurlijke en politieke aandacht voor de samenwerkingsschool wel recht doet aan de praktijk. Het aantal wettelijke samenwerkingsscholen is zeer klein.¹⁸⁹ Kennelijk is de praktijk voldoende in staat om tot werkzame bestuurlijke oplossingen te komen. Desalniettemin is er in 2014 een Wetsvoorstel samenwerkingsscholen ter consultatie aangeboden dat uitgaat van de mogelijkheid dat reeds een samenwerkingsschool tot stand kan komen door samenvoeging van één of meer openbare met één of meer bijzondere scholen (artikel 17d lid 1 Wpo Nieuw).¹⁹⁰

D. Bestuursvorm bijzonder onderwijs

Private rechtspersonen

Bijzondere scholen worden in stand gehouden door private rechtspersonen. Het in stand houden van een bijzondere school door een private rechtspersoon is een eigen keuze van

188 Wet samenwerkingsschool (Stb. 2011, 287; dossier 32134).

189 De term wettelijke samenwerkingsschool is met opzet gekozen. In de praktijk is sprake van meerdere scholen die zich aanduiden als samenwerkingsschool maar dat wettelijk gezien niet zijn. Soms is sprake van een algemeen bijzondere school of neutrale school. In andere gevallen is sprake van een samenwerkings-school die is gevormd uit twee bijzondere scholen. Dat zijn echter geen samenwerkingsscholen als bedoeld in de onderwijswetgeving.

190 Consultatiedocument Wetsvoorstel Samenwerkingsschool, 27 oktober 2014, www.internetconsultatie.nl. Zie hierover ook Onderwijsraad 2015c.

die rechtspersoon. We vinden de kernbepaling terug in artikel 55 Wpo en artikel 49 lid 1 Wvo.

Artikel 55 Wpo

Een bijzondere school wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.

Artikel 49 lid 1 Wvo

De bijzondere school staat onder het bestuur van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.

Beide bepalingen zijn te herleiden tot artikel 54bis lid 1 Lager onderwijswet 1889. Dat artikel bepaalde voor het eerst dat een bijzondere school onder het bestuur van een instelling of vereniging diende te staan die rechtspersoonlijkheid bezit en die niet mocht worden gehouden als winstgevend bedrijf. De weliswaar summiere toelichting uit 1889 maakte duidelijk dat de bekostigingsvoorwaarde van rechtspersoonlijkheid weloverwogen was.¹⁹¹ Het betekende het praktische einde van de onderwijzer als vrij gevestigd ondernemer en zelfstandig professional.¹⁹²

De regering wees destijds al op de samenhang tussen de kwaliteit van de onderwijsprestatie en de kwaliteit van het bestuur, met de opmerking dat zij "zoekt de deugdelijkheid van het onderwijs te verzekeren: 1°. door de rechtspersoonlijkheid van de vereeniging of instelling, die het onderwijs doet geven, te eischen."¹⁹³ Het onder 'bestuur' van een vereniging of instelling staan van de school moest het ook mogelijk maken dat "nauwlettend toezicht op de school" kon worden gehouden "door personen wier doel is degelijk onderwijs te doen geven", aan wie het onderwijzend personeel ondergeschikt was en die door de ouders om verantwoording konden worden gevraagd.¹⁹⁴

191 *Handelingen I* 1989/90, 5 december 1989, p. 98: "Voor die bijdrage zullen nochtans alleen in aanmerking komen die bijzondere scholen welke onder het bestuur staan van eene instelling of vereeniging die rechtspersoonlijkheid bezit. Bij de wet van 30 December 188 (Staatsblad u°. 259) is dezelfde beperking aangenomen, waar het betreft vrijstelling te verleen van grondbelasting. Niet alle de in bijlage B vermelde scholen zullen thans voldoen aan die voorwaarde, doch voor zooverre de oprichting daarvan een gevolg is van de begeerte der ouders om hunne kinderen eene opvoeding te geven zooals zij verlangen, is het naar het oordeel der Regeering wenschelijk dat, wil men op de bijdrage aanspraak maken, de ouders en andere belanghebbenden eene vereeniging oprichten en daarvoor rechtspersoonlijkheid verkrijgen".

192 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 12.

193 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 33.

194 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 35.

De tweede, nog steeds geldende voorwaarde dat een bijzondere school niet het maken van winst mag beogen kennen we ook al sinds 1889. De toelichting was destijds “dat er een waarborg zij dat ’s lands geld tot het doel waartoe het gegeven wordt, bevordering van degelijk onderwijs, worde besteed”.¹⁹⁵ Deze toelichting is met de blik van nu voor meerdere uitleg vatbaar. De eerste uitleg is dat publiek geld überhaupt niet mag weglekken naar houders van een school. De toelichting kan ook een uitdrukking zijn van de zorg dat een houder van een school als winstgevend bedrijf minder geneigd is het belang van kwalitatief goed onderwijs voorop te stellen (vgl. de discussie over bijvoorbeeld marktwerking in de zorg). Minister Mackay merkte over de grondwettelijke toelaatbaarheid van de beide voorwaarden het volgende op: “Deze eischen laten de vrijheid van onderwijs, in gezonden zin opgevat, volkomen ongeschonden.”¹⁹⁶

Overigens valt het op dat de wetgever niet de precieze rechtsvorm voorschrijft en de keuze dus ook niet beperkt tot de rechtsvormen stichting of vereniging. Dit maakt het gebruik van andere private rechtsvormen, zoals de coöperatie of de besloten vennootschap, in theorie mogelijk. Wel zal dan uit de statuten moeten blijken dat het maken van winst niet wordt beoogd. Uit gegevens van DUO blijkt dat in 2014 in het primair onderwijs sprake was van 1 coöperatieve vereniging, 3 kerkelijke rechtspersonen, 334 verenigingen en 473 stichtingen. In het voortgezet onderwijs was sprake van 26 verenigingen en 212 stichtingen.¹⁹⁷

Eisen aan de juridische vormgeving

De eisen aan de juridische vormgeving van de privaatrechtelijke rechtspersonen wijzigen tot de jaren negentig van de vorige eeuw niet. Vanaf het midden van de jaren tachtig werd de behoefte aan participatie van ouders, leerlingen en personeel bij het bestuur van de bijzondere scholen groter en ontstond de roep tot het stellen van nadere voorwaarden aan de bestuurlijke inrichting van het bijzonder onderwijs.¹⁹⁸ Dit resulteerde in 1985 in de nota ‘Meer over management’.¹⁹⁹ In die nota beschreef de minister van OCW de noodzaak en zijn voornemens tot versterking van het management van onderwijsinstellingen in het primair en voortgezet onderwijs, het hoger beroepsonderwijs en (in beperktere mate) het

195 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 33.

196 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 5.

197 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl. Tussen de aantallen voor het primair en voortgezet onderwijs zit enige overlap, omdat sommige onderwijsorganisaties zowel scholen voor primair onderwijs als voor voortgezet onderwijs in stand houden.

198 *Kamerstukken II* 1987/88, 20646, nr. 3, p. 22.

199 Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Meer over management, Versterking management onderwijsinstellingen, *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2. Deze notitie wordt uitgebreid besproken in een themanummer van School en Wet over deregulering in het onderwijs: Deregulering. *School en Wet* 1986, 9, p. 149-173.

wetenschappelijk onderwijs. Volgens minister Deetman behoorde het bestuur verantwoordelijk te zijn voor de vaststelling van het te voeren beleid in hoofdlijnen en zorg te dragen voor de periodieke evaluatie van de beleidsuitvoering, terwijl het management zich moest richten op het geven van dagelijkse leiding aan handelingen waarin het vastgestelde beleid daadwerkelijk uitwerking kreeg.²⁰⁰

In 1988 wordt vervolgens door de regering in de nota 'De school op weg naar 2000' nadrukkelijk overwogen dat bij een grotere autonomie en financiële zelfstandigheid tevens de taak van de schoolleiding verandert. Dit vergde volgens de regering een verhoging van het functieniveau van de schoolleiding en de vereiste kundigheid en instrumenten bij de schoolleiding.²⁰¹ Een van de kritieken op de nota 'De school op weg naar 2000' was dat de in notitie geschetste besturingsfilosofie te veel geloof zou hechten aan de professionalisering van de schoolleiding en de mogelijke verstoring van de balans tussen het bestuur en de dagelijkse schoolleiding (het management) zou onderschatten.²⁰² Ook moest volgens de Commissie toetsing wetgevingsprojecten de verantwoordelijkheid van de bevoegde gezagsorganen voor het functioneren van de school worden gerespecteerd en waargemaakt kunnen worden. Zij beval daarom aan om aandacht te besteden aan de randvoorwaarden voor het bestuurlijk functioneren van de scholen en aan de centrale positie van het bestuur van de onderwijsorganisatie.

Over de ruimte van de overheid om ook eisen te stellen aan de bestuurlijke inrichting, merkte de Commissie toetsing wetgevingsprojecten op dat overheid en wetgever zich gelet op de Grondwet niet konden mengen in de bestuurlijke inrichting van het bijzonder onderwijs.²⁰³ Dat zou slechts kunnen als het eisen betrof in verband met de aard van de rechtspersoonlijkheid of de medezeggenschap. De regering was in zijn formele reactie op het advies minder voorzichtig.

“Het kabinet neemt, evenals de Commissie, als uitgangspunt dat de overheid zich niet mag mengen in de bestuurlijke inrichting van het bijzonder onderwijs, maar constateert met de Commissie, dat ook de onderwijswetgeving hierop uitzonderingen maakt. De bekostigingsvoorwaarden die de onderwijswetgeving in dit verband stelt zijn er onder meer op gericht te verzekeren dat de beschikbaar gestelde overheidsmiddelen worden besteed voor het doel waarvoor zij bestemd zijn, alsmede te regelen dat de school voldoet aan de normale eisen

200 *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 2, p. 4.

201 *School op weg* 1988, p. 16 en 21.

202 Zo pleitte de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten voor aanvullende opleidingen voor schoolleiders. Zie CTW 1989. Zie over dit advies ook Klifman 1989, p. 150-155 en Verhage 1989.

203 CTW 1989, p. 26 en 33.

die aan een in het maatschappelijk verkeer deelnemende organisatie moeten worden gesteld. Onder het eerste moet de bepaling worden gerekend dat de rechtspersoon niet het maken van winst mag beogen, onder het tweede zijn de bepalingen inzake medezeggenschap te rekenen. Verder moeten hier de diverse aansluitverplichtingen worden genoemd, betrekking hebbend op de commissie van beroep, de borgstellingsorganisatie en het voorgenomen vervangingsfonds. Ook wijst het kabinet op tal van wettelijke regels die algemeen gelden, zoals de bepalingen van het (Nieuw) Burgerlijk Wetboek. Deze wettelijke regels zijn in overeenstemming met de grondwettelijke eisen.”²⁰⁴

Overes verwachtte in 1995 nog dat de overheid niet snel eisen zou stellen aan de samenstelling van het bestuur.²⁰⁵ Inmiddels is voor zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs de scheiding van de functies bestuur en intern toezicht een bekostigingsvoorwaarde en hebben de medezeggenschapsraden in alle sectoren op het niveau van de raad van toezicht voordrachtsrechten. Zie hoofdstukken 4 en 8.

In 2010 kwam het uiteindelijk tot de wettelijke vastlegging van deze functiescheiding in de Wet goed onderwijs, goed bestuur.²⁰⁶ Het proces zelf startte begin jaren negentig met de inwerkingtreding van de artikelen 32a en 32b Wvo die het mogelijk maakten dat het bevoegd gezag aan het hoofd van een school een centrale directie kon plaatsen.²⁰⁷ Deze mogelijkheid gold zowel voor het openbaar voortgezet onderwijs als het bijzonder voortgezet onderwijs. De regeling zelf was gekopieerd uit de voor het middelbaar beroepsonderwijs in het midden van de jaren tachtig geïntroduceerde bepaling in het kader van de schaalvergrotingsoperatie ‘Sectorvorming en Vernieuwing in het Middelbaar Beroepsonderwijs’ (‘SVM’).²⁰⁸ In de motivering voor het stellen van eisen aan de bestuurlijke inrichting werd verder verwezen naar de nota Meer over Management.²⁰⁹

204 *Kamerstukken II* 1990/91, 22195, nr. 1, p. 19.

205 Overes 1995a, p. 23. Zie ook Overes 1995b, p. 136.

206 Wet goed onderwijs, goed bestuur (Stb. 2010, 80; dossier 31828).

207 Nieuwe regelingen bij invoering formatiebudgetsysteem (FBS) (Stb. 1992, 622).

208 Zie hierover uitgebreid: Sennema & De Jonge 1990.

209 *Kamerstukken II* 1987/88, 20646, nr. 3, p. 22 met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2. “De geboden inrichtings- en bestedingsvrijheid zal gepaard gaan met versterking van bestuur en management (...) Verwacht mag worden dat bij grotere instellingen behoefte zal bestaan aan een middenmanagement (bijvoorbeeld een afdelingsdirecteur of bij een multi-sectorale instelling aan een sectordirecteur. (...) Met het voorgaande is een uitwerking gegeven aan voorstellen gedaan in de nota <Meer over management, versterking van het management van onderwijsinstellingen>”.

3.5.3 *Bestuursvorm middelbaar beroepsonderwijs*

Alle in 2014 bekende 67 opleidingencentra worden in stand gehouden door stichtingen en zijn bijzonder.²¹⁰ Dit is het resultaat van de SVM-operatie in de jaren tachtig, de ROC-vorming in de jaren negentig en de daaropvolgende fusies deze eeuw.²¹¹ Bij die schaalvergrotingen is steeds de voorkeur uitgegaan naar de rechtsvorm stichting, en de diverse openbare instellingen zijn doorgaans opgegaan in bijzondere instellingen met een neutrale grondslag.

De Web kent nog slechts in theorie de mogelijkheid dat er openbare regionale en agrarische opleidingencentra zijn.²¹² Het openbaar karakter van het onderwijs en de toegankelijkheid worden beschreven in de artikelen 1.3.7 en 8.1.2 Web; artikel 9.1.2 Web gaat in op de bestuursoverdracht van een openbare onderwijsinstelling. Deze bepalingen zijn rechtstreeks ontleend aan de vergelijkbare bepalingen in het primair en voortgezet onderwijs.²¹³

Een bijzonder regionaal of agrarisch opleidingscentrum wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid “die zich blijkens de statuten het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen”, aldus artikel 9.1.1 Web.²¹⁴ Deze bepaling is ontleend aan artikel 49 Wvo en we treffen haar reeds aan in de oorspronkelijke tekst van de Web.²¹⁵ Toegevoegd is dat het doel uit de statuten moet blijken, hetgeen in overeenstemming is met artikel 2:27 en 2:286 BW. Blijkens de wetsgeschiedenis is artikel 9.1.1 Web met opzet open geredigeerd opdat niet de verenigings- of stichtingsvorm werd voorgeschreven. Een “dergelijke beperking zou bijvoorbeeld kerkgenootschappen de mogelijkheid ontnemen om als bevoegd gezag van een bijzondere instelling op te treden”.²¹⁶

De voorwaarde dat het maken van winst niet mag worden beoogd, moest blijkens de wetsgeschiedenis “commerciële instellingen” uitzonderen.²¹⁷ Het begrip ‘commercieel’

210 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl, 1 oktober 2014.

211 Stb. 1990, 266 (Sectorvorming en vernieuwing MBO) en Stb. 1995, 501 (ROC-vorming).

212 Artikel 1.1.1 sub c Web: “openbare instelling: een instelling in stand gehouden door een gemeente dan wel door een openbaar lichaam, ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, waarin deelnemen een of meer gemeenten, al dan niet tezamen met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid”.

213 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 124-125.

214 Zie ook artikel 1.1.1 sub d Web: “bijzondere instelling: een instelling die uitgaat van een rechtspersoon met volledige rechtspersoonlijkheid niet zijnde een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek”.

215 Stb. 1995, 501 (Wet educatie en beroepsonderwijs).

216 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 124.

217 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 124.

heeft echter geen juridische betekenis en het is instellingen voor beroepsonderwijs uitdrukkelijk toegestaan contractactiviteiten te verrichten (artikel 1.7.1 Web).

De SVM-operatie en de ROC-vorming versterkten in eerste instantie de positie van de centrale directie en maakten het mogelijk om als bestuur taken en bevoegdheden over te dragen aan de directeuren.²¹⁸ Deze centrale directies werden aan het hoofd van de instelling geplaatst.²¹⁹ Aangezien deze instelling door de ROC-vorming opgingen in de grotere opleidingencentra, werd de mogelijkheid tot de vorming van een centrale directie geherformuleerd. In 1996 werd in de Web de bepaling opgenomen dat het college van bestuur “hem bij wettelijk voorschrift opgedragen of door het bevoegd gezag overgedragen taken en bevoegdheden (kon) overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid” (artikel 9.1.5 lid 2 Web 1996) en het bevoegd gezag kon “bij bestuursreglement een of meer organisatorische eenheden instellen” (artikel 9.1.6 Web 1996). De vroegere mbo-scholen werden daarmee ‘organisatorische eenheden’. Het college van bestuur zelf stond vooral op afstand.

De bepaling dat een college van bestuur zijn taken en bevoegdheden kon overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid werd in 2009 geschrapt bij de invoering van het raad van toezicht-model.²²⁰ De regering meende dat het nut van de bepaling ontbrak “omdat overdracht van taken en bevoegdheden aan ondergeschikten (bij publiekrechtelijke bevoegdheden: mandaat aan ondergeschikten) ook zonder die bepaling mogelijk is”.²²¹ De verwijzing naar de mogelijkheid tot interne overdracht van taken en bevoegdheden door het college van bestuur aan directeuren bleef desalniettemin staan – zij het verstopt – in artikel 9.1.7 lid 1 onder c sub 1 Web.

De wettelijke invoering van het raad van toezicht-model kende een lang traject.²²² Uiteindelijk werd het na een amendement van Biskop (CDA) ook mogelijk te kiezen voor het *one-tier* model (artikel 9.1.8 Web).²²³ Dit amendement verruimde de vrijheid om zelf vorm te geven aan de bestuurlijke inrichting. Dit amendement paste ook bij constatering van de minister dat het “niet de bedoeling van dit wetsvoorstel [was, MN] om de verhoudingen binnen een rechtspersoon te regelen. Het gaat slechts om het in het leven roepen van een verplichting om bij een instelling een college van bestuur en een raad van toezicht te heb-

218 Stb. 1990, 266 (Sectorvorming en vernieuwing MBO) en Stb. 1995, 501 (ROC-vorming).

219 *Kamerstukken II* 1987/88, 20646, nr. 3, p. 22 met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2.

220 Stb. 2009, 151 (Governance Web).

221 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 3, 10.

222 *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 4, p. 2.

223 *Kamerstukken II* 2007/08, 30599, nr. 17, p. 2-3.

ben.”²²⁴ Deze volzin bevestigt nog eens nadrukkelijk de vrijheid van onderwijsorganisaties om binnen de rechtspersoon een onderscheid te maken tussen het bestuur van de rechtspersoon en het college van bestuur van de onderwijsinstelling.

3.5.4 Bestuursvorm hogescholen

A. Bijzonder hoger beroepsonderwijs is de regel

Alle in 2014 bestaande 37 hogescholen zijn bijzonder en alle onderwijsorganisaties die een hogeschool in stand houden, hebben de rechtsvorm stichting.²²⁵ De voor de bestuursvorm geldende wettelijke eisen volgen op hoofdlijnen de elementen die we ook aantreffen in de andere onderwijssectoren. Zo is als bekostigingsvoorwaarde geformuleerd: “Een bijzondere hogeschool wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen” (artikel 10.8 lid 1 Whw). Deze bekostigingsvoorwaarde komt vrijwel overeen met artikel 49 Wvo en is gelijk aan artikel 9.1.1 Web. Ook de ontwikkeling van de bestuurlijke inrichting volgt de tendens.

B. Ontwikkeling bestuurlijke inrichting hogescholen

Begin jaren negentig worden de eisen betreffende de bestuurlijke inrichting voor de hogescholen uitgewerkt in de Whw 1993.²²⁶ Deze regeling volgde de uitwerking van de voornemens neergelegd in de nota HOAK.²²⁷ Deze nota HOAK verwees naar de notitie ‘Meer over management’²²⁸ en overwoog het volgende.

“het een strategische opgave voor het instellingsmanagement is er voor zorg te dragen, dat de verschillende geledingen en groeperingen binnen een instelling worden gestimuleerd hun werk goed te verrichten, ze in staat te stellen de uitdagingen van deze tijd op te pakken en een adequate invulling te geven. Het creëren en in stand houden van goede, op wederzijds vertrouwen gebaseerde, verhoudingen tussen enerzijds bestuurders en managers en anderzijds professionele groepen en studenten is een belangrijke concretisering van deze algemene opgave. Afhankelijk van de wijze waarop deze opgave wordt uitgewerkt, zal, binnen de wettelijke kaders, een nadere invulling kunnen worden gegeven aan de beleidsvormings-, besluitvormings- en bedrijfsvoeringsprocessen binnen

224 Kamerstukken II 2006/07, 30599, nr. 6, p. 6.

225 Databestand DUO, adresgegevens bevoegde gezagen 3 november 2014, www.duo.nl, 1 oktober 2014.

226 Stb. 1992, 593 (Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek).

227 HOAK 1986.

228 *Meer over management* 1985.

de instellingen. Tussen en binnen de verschillende bestuurlijke eenheden zullen competenties en verantwoordelijkheden verder dienen uit te kristalliseren. Dit veronderstelt een actieve houding ten aanzien van decentralisatie en zelfbeheer.”²²⁹

In de Whw 1993 werd opgenomen dat elke hogeschool een centrale directie of een college van bestuur moest hebben die/dat onder verantwoordelijkheid van het instellingsbestuur belast was met de leiding van de voorbereiding en de uitvoering van het beleid van de hogeschool alsmede de coördinatie van de dagelijkse gang van zaken en van het beheer van de hogeschool (artikel 10.2 Whw 1993). Het instellingsbestuur werd geacht het college van bestuur taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag over te dragen (artikel 10.3 Whw 1993). In een bestuursreglement moest deze overdracht worden vastgelegd, alsmede de bijbehorende richtlijnen voor de uitoefening van die overgedragen taken en bevoegdheden. Deze regeling was van toepassing op zowel de openbare als de bijzondere hogescholen en stemde overeen met een eerder in artikel 21a Wet op het hoger beroepsonderwijs (WHBO) opgenomen voorziening. Blijkens de toelichting werd beoogd “de bestuurskracht van de instellingen te vergroten. Gedacht wordt aan de overdracht van taken en bevoegdheden die meer met het management van de instelling samenhangen dan met de primaire functies van het bevoegd gezag, zoals bijvoorbeeld het bewaken van de doelstelling en identiteit van de instelling. Het in te stellen college van bestuur zal de hem door het bevoegd gezag gedelegeerde taken en bevoegdheden op eigen naam vervullen.”²³⁰

Het instellingsbestuur stond dus begin jaren negentig op afstand en het college van bestuur was namens het instellingsbestuur belast met de dagelijkse leiding. Het instellen van een college van bestuur was verplicht bij hogescholen met meer dan 2500 studenten.

De regeling van het bestuur van de hogescholen in de Whw werd in 1997 verder aangepast als reactie op de veronderstelde toegenomen zelfstandigheid van de hogescholen. Artikel 10.3 Whw bood het college van bestuur van de instelling de mogelijkheid om publiekrechtelijke taken en bevoegdheden over te dragen aan het bestuur van een faculteit of organisatorische eenheid. De zelfstandigheid van de hogescholen had volgens de regering implicaties voor de inrichting van bestuur en medezeggenschap.²³¹ De zeggenschap over de primaire processen moest lager binnen de onderwijsorganisatie kunnen worden belegd: “Binnen de meeste grote hogescholen heeft zich inmiddels zulk een decentraal niveau ontwikkeld waar de besluitvorming plaatsvindt over de programmering en uitvoering van

229 *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 2, p. 45.

230 *Kamerstukken II* 1984/85, 19051, nr. 3, p. 79.

231 *Stb.* 1996, 125 (Wet bestuursorganisatie van en medezeggenschap in hogescholen).

het onderwijsprogramma. Wettelijke formalisering van dit decentrale niveau binnen hogescholen kan deze beweging nog verder bekrachtigen”.²³² De regeling tot instellen van faculteiten of andere organisatorische eenheden was nieuw (artikel 10.3a Whw) en de overdracht moest in een bestuursreglement worden uitgewerkt (artikel 10.3b Whw). Het begrip ‘organisatorische eenheid’ in plaats van faculteit of instituut is sectorvreemd. De oorsprong lijkt te liggen in de gelijktijdig bij de Tweede Kamer ingediende en ook in 1997 in werking getreden Web. Over de organisatorische eenheden zelf wordt opgemerkt dat het de bedoeling is dat hier “bovenal de bevoegdheden [kunnen, MN] worden gelegd die voor de programmering van het onderwijs en de uitvoering van het onderwijsprogramma nodig zijn, betreffende de opleiding of opleidingen binnen deze eenheid. De kwaliteit van het bestuur wordt versterkt door de voorgestelde vergroting van de transparantie in de organisatiestructuur en helderheid in verdeling van taken en bevoegdheden. Daarnaast schept de geformaliseerde interne organisatiestructuur institutionele randvoorwaarden voor het waarborgen van de principes van academische vrijheid, die op grond van artikel 1.6 van de WHW van toepassing zijn voor hogescholen en universiteiten. (...) In het bijzonder zouden dan die bevoegdheden kunnen worden overgedragen die rechtstreeks van belang zijn voor een goed verloop van de primaire processen”.²³³

Het kunnen overdragen van taken en bevoegdheden wordt in de toelichting aangeduid als de expliciete opening van de mogelijkheid tot “delegatie door het college van bestuur van taken en bevoegdheden aan andere bestuurslagen” in de hogeschool.²³⁴ Deze vorm van delegatie wordt verder besproken in hoofdstuk 4.

C. Wettelijke regeling scheiding bestuur en intern toezicht

Het was uiteindelijk de Commissie-Glasz die op verzoek van de HBO-raad in 1998 voor het onderwijs baanbrekend werk verrichtte met de publicatie van een advies over de raad van toezicht in het hoger beroepsonderwijs.²³⁵ Deze commissie constateerde dat het proces tot toekenning van meer verantwoordelijkheden aan hogescholen zich in een afrondende fase bevond en dat met de toegenomen verantwoordelijkheden ook de risico’s waren gegroeid. Die risico’s konden volgens haar “niet langer vanuit een centrale positie worden beheerst” en om die reden beval de Commissie-Glasz aan om raden van toezicht in te richten. Deze raad van toezicht moest met enige distantie het beleid van het bestuur con-

232 *Kamerstukken II* 1992/93, 22845, nr. 1, p. 4 (Beleidsnotitie Organisatie van het bestuur van en de medezeggenschap bij universiteiten en hogescholen).

233 *Kamerstukken II* 1994/95, 23944, nr. 3, p. 4-5.

234 *Kamerstukken II* 1994/95, 23944, nr. 3, p. 10.

235 Commissie-Glasz 1998b. Jaap Glasz, de voorzitter van deze commissie, had eerder in 1998 een advies met vergelijkbare strekking uitgebracht aan Aedes, de vereniging van woningcorporaties: Commissie Intern Toezicht Woningcorporaties (Commissie-Glasz), *Naar professioneel toezicht*, Aedes: Almere 4 mei 1998.

troleren, kunnen reflecteren op toekomstige ontwikkelingen en transparant, onafhankelijk en deskundig zijn.²³⁶

Uiteindelijk werd in 2010 een wettelijke regeling van kracht die hogescholen verplichtte tot de invoering van het raad van toezicht-model (artikel 103d Whw).²³⁷ Deze wettelijke regeling vormde vooral een erkenning van de inmiddels gegroeide praktijk. De formulering komt overeen met de kort daarvoor in werking getreden Wet Governance Web. De keuze voor een ander bestuursmodel dan het raad van toezicht-model is in theorie voor bijzondere instellingen mogelijk, maar moet dan wel zijn grond vinden “in de levensbeschouwelijke aard van de hogeschool” (artikel 10.3d lid 7 Whw). Dat is op zijn minst een inhoudelijke beperking van de vrijheid de bestuurlijke organisatie naar eigen inzicht in te richten. Het vinden van een grond in de levensbeschouwelijke aard is immers niet eenvoudig. Dat was echter ook de bedoeling van Zijlstra als indiener van het onderliggende amendement. Hij wilde de uitzonderingsmogelijkheden voor bijzondere instellingen beperken tot die gevallen waarin dat op grond van de eigen aard van de bijzondere instelling “wenselijk is” zodat “zo veel mogelijk bekostigde instellingen onder dezelfde governance-regelgeving” zouden vallen.²³⁸

3.5.5 Bestuursvormen universiteiten

A. Openbare universiteiten voeren de boventoon

Het wetenschappelijk onderwijs vormt de uitzondering op de regel dat de private rechtsvorm en de bijzondere grondslag de boventoon voeren. Van de 17 bekostigde (levensbeschouwelijke) universiteiten hebben er 10 een openbaar karakter.²³⁹

Uit artikel 1.8 lid 2 Whw en de bijlage bij de Whw volgt dat er geen onderscheid te maken is tussen de openbare universiteiten en de publiekrechtelijke rechtspersoon: de openbare universiteiten “bezitten rechtspersoonlijkheid”. Dit wijkt af van de systematiek van de Wpo en de Wvo waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen (a) de publiekrechtelijke rechtspersoon die in stand houdt en (b) de in stand gehouden school.²⁴⁰

236 Commissie-Glasz 1998b, p. 5-7.

237 Wet versterking besturing hoger onderwijs (Stb. 2010,119; dossier 31821).

238 *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 61 (amendement-Zijlstra).

239 Op de precieze positie van de Open Universiteit te Heerlen ga ik hier verder niet in.

240 De Whw is wel innerlijk tegenstrijdig. In de begripsbepalingen is bijvoorbeeld opgenomen dat een openbare instelling een instelling is die “uitgaat van een publiekrechtelijke rechtspersoon” (artikel 1.1 onder h Whw). Dit suggereert dat openbare universiteiten in stand worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen. Dat is echter niet het geval. De openbare universiteiten zelf zijn publiekrechtelijke rechtspersonen.

De openbare universiteiten zijn bij wet ingesteld, hebben eigen rechtspersoonlijkheid en worden bij wet bekostigd voor zover aan de deugdelijkheidseisen wordt voldaan. De keuze voor publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid is niet geheel onomstreden. In 2004 deed de Onderwijsraad bijvoorbeeld het voorstel om alle openbare universiteiten in stand te laten houden door privaatrechtelijke stichtingen.²⁴¹ De Onderwijsraad meende dat dit de overheid meer ruimte zou bieden om echt verticaal toezicht te houden.

De invloed van de overheid op het bestuur en beheer van de openbare universiteiten is ondanks het openbare karakter relatief beperkt. Weliswaar worden de leden van hun raden van toezicht benoemd, geschorst en ontslagen door de minister van OCW, maar dat is dan ook praktisch gezien – met uitzondering van de sturing via de deugdelijkheidseisen en de bekostiging – de enige formele juridische invloed van de overheid op het functioneren als bevoegd gezag. Anders dan bij het openbaar primair en voortgezet onderwijs behoeft een wijziging van de interne regeling ook niet de goedkeuring van de overheid en geldt ook voor de begroting en de jaarrekening dat de overheid geen instemmings-, goedkeurings-, advies- of overlegrechten heeft. De bepaling dat de raad van toezicht van de openbare universiteit verantwoording is verschuldigd aan de minister van OCW (artikel 9.9 Whw) en dat diezelfde minister een aanwijzing kan geven bij wanbeheer (artikel 9.9a Whw) is geen onderscheidend kenmerk voor de openbare universiteiten. Uit artikel 9.51 lid 2 Whw volgt immers dat deze bepalingen ook van toepassing zijn op de bijzondere universiteiten.

De openbare universiteiten kennen sinds 1970 het college van bestuur als belangrijkste dagelijks bestuursorgaan.²⁴² Artikel 53 WWO 1970 en artikel 9.4 lid 1 Whw 1992 benoemden het college van bestuur en de universiteitsraad als afzonderlijke bestuursorganen, waarbij aan het college van bestuur de bevoegdheid behoorde tot regeling en bestuur van de zaken van de universiteit in haar geheel.²⁴³ Het college van bestuur is steeds belast geweest met de dagelijkse gang van zaken en het doelmatig beheer van de financiën. Vanaf 1997 wordt de raad van toezicht professioneler.²⁴⁴ Deze heeft niet alleen een adviserende en toezichthoudende rol maar is nu ook ‘werkgever’ van de leden van het college van bestuur. De leden van de raad van toezicht worden op hun beurt benoemd, geschorst en ontslagen door de minister van OCW.

241 Onderwijsraad 2004b, p. 67-68.

242 Tot 1970 was sprake van een curatorium dat zich richtte op het beheer van de universiteit en een senaat bestaande uit hoogleraren waaraan het curatorium verantwoording moest afleggen. De leden van het curatorium werden bij Koninklijk Besluit benoemd en het curatorium benoemde de secretaris. Deze secretaris richtte zich op de dagelijkse gang van zaken (artikel 68 en 69 Wet tot regeling van het hoger onderwijs 1876).

243 Wet Universitaire Bestuurshervorming 1970 (dossier 10636) en Wet modernisering universiteitsbestuur 1997 (Stb. 1997, 117; dossier 26464).

244 Wet modernisering universiteitsbestuur 1997 (Stb. 1997, 117; dossier 24646).

De universiteiten kenden al vroeg een interne bestuurlijke organisatie die uitging van decentrale eenheden. Reeds in de negentiende eeuw bestonden de meeste Nederlandse universiteiten uit relatief autonoom functionerende faculteiten, met eigen decanen en een eigen beleid.²⁴⁵ In de WWO 1961 was zelfs bepaald dat een universiteit ten minste drie faculteiten moest hebben om als universiteit te kunnen worden aangemerkt (artikel 17 lid 2 WWO 1961). In 1970 werd de zelfstandige positie van de faculteiten benadrukt door op het niveau van de faculteiten bestuurlijke bevoegdheden te verdelen tussen het faculteitsbestuur en de faculteitsraad.

Omdat de toegenomen democratisering en gedecentraliseerde bevoegdheidsverdeling naar de opvatting van politiek en beleidsmakers een verminderde bestuurskracht tot gevolg had, ontstond in de jaren tachtig behoefte aan een herschikking van de verhoudingen tussen college van bestuur en universiteitsraad en tussen faculteitsbestuur en faculteitsraad.²⁴⁶ Dit leidde in de WWO 1986 tot een herpositionering van het college van bestuur als eindverantwoordelijke voor de universiteit en het faculteitsbestuur als eerstverantwoordelijke voor de faculteit. De bevoegdheden van de universiteits- en faculteitsraden werden in de Whw 1997 voorlopig definitief beperkt ten gunste van de raad van toezicht.²⁴⁷ De leden van de universiteits- en faculteitsraden waren geen medebestuurders meer maar ‘medezeggenschapper’.

B. Bijzondere universiteiten en de “eigen aard”

Voor de bijzondere universiteiten geldt dat zij zelf de inrichting van hun bestuur en medezeggenschap kunnen regelen. Het is de taak en de bevoegdheid van het college van bestuur van de instelling om de regeling van het bestuur en inrichting binnen de universiteit vast te stellen (artikel 9.51 Whw). Met Louw constateer ik dat dit eigenlijk nog steeds zo moet zijn: niet het college van bestuur van de onderwijsinstelling maar het bestuur van de rechtspersoon behoort de bestuurlijke inrichting van de instelling te regelen.²⁴⁸ In de oorspronkelijke tekst van 1971 berustte deze verplichting nog bij het bestuur van de rechtspersoon (artikel 42 lid 1 Wet MUB).

Voor de regeling tot inrichting van bestuur en medezeggenschap geldt als bekostigingsvoorwaarde dat de voor het openbaar onderwijs geldende deugdelijkheidseisen in acht worden genomen “voor zover de eigen aard van de bijzondere universiteit zich daartegen naar het oordeel van het college van bestuur niet verzet” (artikel 42 lid 2 Wet MUB en

245 Jensma & De Vries 1997.

246 *Meer over management* 1985, p. 42-43.

247 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderwijs (Stb. 1992, 593) en Wet modernisering universiteitsbestuur 1997 (Stb. 1997, 117; dossier 26464).

248 Louw 2011, p. 38.

artikel 9.51 lid 2 Whw).²⁴⁹ In de memorie van toelichting bij de MUB is dit destijds nader toegelicht:

“Zoals dat ook thans reeds het geval is met een aantal bepalingen van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs, zullen de bepalingen van deze wet enerzijds als rechtstreeks verbindende voorschriften gelden voor de openbare universiteiten en hogescholen, terwijl diezelfde bepalingen anderzijds zullen gelden voor de bijzondere instellingen, maar dan indirect, nl. als voorwaarden voor erkenning en bekostiging, en dat nog alleen voor zover de eigen aard van die instellingen zich daartegen niet verzet.”²⁵⁰

Ter motivering van deze bekostigingsvoorwaarde werd gewezen op het gestelde belang van een deugdelijke organisatie van de universiteit voor de deugdelijkheid van het onderwijs. Dat belang werd door de regering zodanig wezenlijk geacht dat de regeling tot inrichting van de bestuursorganisatie ook door de bijzondere universiteiten moest worden gevolgd.²⁵¹

Er is destijds met opzet gekozen voor een open formulering van de uitzonderingsgrondslag van de ‘eigen aard’. De regering overwoog uitdrukkelijk dat een uitbreiding van de voorwaarden voor erkenning en bekostiging de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van het onderwijs van de bijzondere universiteiten niet mocht aantasten.²⁵² Het bijzondere aan de toelichting is dat zwart op wit werd erkend dat de vrijheid van inrichting van de bestuursorganisatie werd beperkt met het oog op de deugdelijkheid van het onderwijs en dat tot de regeling van de hoofdzaken van de organisatie van het bestuur ook de nadere regeling van het bestuur van de faculteit werd gerekend. Hoewel dat laatste vooral een interne aangelegenheid lijkt, werd de op de Nederlandse universitaire tradities gegroeide

249 Voor college van bestuur kan de rechtspersoon worden gelezen.

250 *Kamerstukken II* 1969/70, 10636, nr. 3, p. 16-17.

251 *Kamerstukken II* 1969/70, 10636, nr. 3, p. 16: “Uit het feit, dat slechts die zaken in dit ontwerp zijn behandeld, die van wezenlijk belang zijn voor een deugdelijke organisatie van de universiteiten en hogescholen in het algemeen, volgt dat de regeling niet alleen moet gelden voor de openbare instellingen van wetenschappelijk onderwijs, maar – behoudens de mogelijkheid van afwijking op sommige punten – ook voor de bijzondere.”

252 *Kamerstukken II* 1969/70, 10636, nr. 3, p. 16-17: “Het spreekt vanzelf dat deze uitbreiding van de voorwaarden voor erkenning en bekostiging de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van het onderwijs van de bijzondere universiteiten niet zal mogen aantasten. De voornaamste waarborg dat dit niet zal geschieden is allereerst gelegen in het feit dat het recht van benoeming en ontslag van de hoogleraren en lectoren als recht van het bestuur van de vereniging of stichting, waarvan de bijzondere instelling uitgaat, onaangetast blijft; voorts dat het overige personeel eveneens zonder vorm van inspraak van de zijde van de overheid zal worden benoemd en ontslagen door het orgaan van de instelling, dat op grond van de bij of krachtens de statuten van de vereniging of stichting de bevoegdheid is daartoe toegekend. (...)”

en nieuw geformuleerde regeling voor de openbare universiteiten als “maatgevend” aangemerkt: ook voor de bijzondere universiteiten.²⁵³

Bij de invoering van het raad van toezicht-model in 1997 werd overwogen dat geen wijziging was beoogd in de bestaande opzet van de wet waarin de voorschriften voor het openbaar onderwijs in beginsel tevens de bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs zijn.²⁵⁴ Van de bijzondere universiteiten werd verwacht dat zij zelf bepaalden welke gevolgen de nieuwe regelingen voor het bestuur en de inrichting van de medezeggenschap hadden voor hun structuurregelingen. Nieuw was wel de overweging van de regering dat de bevoegdheid tot afwijking van de bekostigingsvoorwaarden niet alleen kon worden gevonden in de eigen aard van de instelling, maar ook in de privaatrechtelijke status.²⁵⁵ De kennelijke ruimte die daarvan het gevolg was, ging volgens de minister van OCW echter niet zover dat het bij voorbaat mogelijk zou zijn af te wijken van bijvoorbeeld het voor de openbare universiteiten geldende wettelijke maximumaantal leden van het college van bestuur (ten hoogste drie). Hoewel de minister van OCW die mogelijkheid niet op voorhand afwees, was zijn antwoord op een vraag daaromtrent ontwijkend.²⁵⁶

3.5.6 *Overeenkomsten tussen bestuursvormen zijn groter dan de verschillen*

Er zijn wat de regeling van de bestuursvormen betreft tussen de vier sectorwetten zeker verschillen aan te duiden. De overeenkomsten tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs en tussen de vier onderwijssectoren zijn echter groter.

Een eerste overeenkomst is dat het merendeel van de onderwijsorganisaties een privaatrechtelijke bestuursvorm kent en dat de rechtsvorm stichting in de praktijk de voorkeur heeft gekregen. In het mbo en hbo worden zelfs alle onderwijsinstellingen in stand gehouden door stichtingen. Enkel bij de universiteiten zijn de publiekrechtelijke rechtspersonen in de meerderheid.

253 *Kamerstukken II 1969/70*, 10636, nr. 3, p. 16: “Nu zijn de bepalingen over de inrichting van het bestuur van de senaat, de faculteiten, de interfaculteiten en de subfaculteiten van een rijksuniversiteit bij artikel 16 van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs destijds nog niet uitdrukkelijk (in grote lijnen) mede – bij wijze van voorwaarde voor de erkenning en bekostiging – van toepassing verklaard op de bijzondere universiteiten. Dit neemt niet weg, dat de regeling van de hoofdzaken van de organisatie van het universitaire bestuur voor de rijksuniversiteit op het gebied van het onderwijs en de wetenschapsbeoefening wél altijd is beschouwd als maatgevend voor die bijzondere instellingen van wetenschappelijk onderwijs, die voor erkenning als gelijkwaardig aan de eerder bedoelde instellingen in aanmerking wensen te komen.”

254 *Kamerstukken II 1995/96*, 24646, nr. 3, p. 43.

255 *Kamerstukken II 1995/96*, 24646, nr. 3, p. 43 en *Kamerstukken II 1995/96*, nr. 5, p. 38.

256 *Kamerstukken II 1995/96*, nr. 5, p. 61.

Een tweede overeenkomst betreft de inrichting van de bestuurlijke organisatie. Bij alle bestuursvormen en in alle onderwijssectoren zien we eenzelfde trend. Vanaf de jaren tachtig voegt de onderwijswetgever wettelijke bepalingen toe die zien op de positie van het management en die bevestigen dat taken en bevoegdheden kunnen worden belegd bij schoolleiders, (centrale) directies, directeuren en decanen. Vervolgens neemt in de jaren negentig de behoefte aan een professioneler bestuur en intern toezicht toe. De behoefte aan professioneler bestuur leidt in het openbaar primair en voortgezet onderwijs in eerste instantie tot de introductie van nieuwe bestuursvormen waarvan de stichting voor openbaar onderwijs in de praktijk de populairste blijkt. In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs vindt een door de overheid en wetgever ondersteunde schaalvergroting plaats en wordt de positie van de colleges van bestuur belangrijker. Vervolgens komt aan het einde van de vorige eeuw in alle onderwijssectoren een ontwikkeling op gang die voorziet in de borging van het intern toezicht op het professionele bestuur. Dit leidt uiteindelijk in alle sectoren tot onderwijswetgeving die verplicht tot een scheiding van de functies bestuur en intern toezicht.

Een derde overeenkomst is dat sinds 1985 in alle onderwijssectoren de voorkeur wordt gegeven aan een duidelijker onderscheid tussen overheid en onderwijsorganisaties. In het primair en voortgezet onderwijs kiezen overheden en onderwijsorganisaties voor de zelfstandiging van het openbaar onderwijs. In het middelbaar en hoger beroepsonderwijs kiezen alle openbare onderwijsinstellingen voor een omzetting in bijzondere onderwijsinstellingen.

3.6 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

3.6.1 *Inleiding*

De bestuurlijke organisatie en bijbehorende vormgeving van het onderwijs heeft sinds 1985 een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Deze ontwikkeling is van betekenis geweest voor de positie van de bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie. Om die betekenis te kunnen doorgronden zijn aan het begin van dit hoofdstuk drie vragen geformuleerd:

1. Welke kernbegrippen kent het Nederlands onderwijsrecht?
2. Wat is de bestuursvorm van onderwijsorganisaties?
3. Wat is de taak van de bestuurder?

Deze drie vragen worden hierna beantwoord.

Het is tevens de bedoeling van dit hoofdstuk geweest om op basis van het antwoord op deze drie vragen te komen tot een juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs in Nederland. Paragraaf 3.6.4 bevat daartoe een aanzet.

3.6.2 *Onderwijsrechtelijke kernbegrippen*

Van alle onderwijsrechtelijke kernbegrippen speelt het kernbegrip bevoegd gezag in het onderwijs de meest centrale rol. Het begrip bevoegd gezag is een containerbegrip geworden met meerdere hoedanigheden en gaat uit van verschillende soorten (bestuurs)bevoegdheden. Het begrip bevoegd gezag duidt op het als rechtssubject dragen van rechten en verplichtingen, op het fungeren als (norm)adessaat en op het uitoefenen van (openbaar) gezag. De vraag wie echter bevoegd gezag is, verschilt per onderwijssector, per bestuursvorm en is afhankelijk van het openbare of bijzondere karakter van het onderwijs, het bestuursmodel en de statuten en/of het bestuursreglement. Het bevoegd gezag is hierdoor afhankelijk van de omstandigheden: de rechtspersoon, het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon of het bestuur van de onderwijsinstelling. Ook de onderwijsrechtelijke kernbegrippen bestuur, instandhouding, beheer, school en instelling kennen meerdere betekenissen.

Een conclusie van dit hoofdstuk is dat de ontwikkeling die de bestuurlijke organisatie van het onderwijs sinds het midden van de jaren tachtig heeft doorgemaakt, ertoe heeft geleid dat het door de onderwijswetgever gebruikte begrippenkader onder druk is komen te staan. Dit leidt met enige regelmaat tot spraakverwarring. Bijkomend gevolg is dat met enige regelmaat onduidelijkheid ontstaat over de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen (1) de overheid en de onderwijsorganisatie, (2) binnen de onderwijsorganisatie en (3) tussen onderwijsorganisaties en hun contractspartners (personeel, leerlingen/ouders, studenten). Om inzicht te verkrijgen in de verdeling en omvang van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden is het daarom wenselijk het juridisch grondschema te herzien. Dat bevordert dat de normen die de bestuurlijke autonomie begrenzen, beter kenbaar zijn en kan duidelijk maken wie aanspreekpunt is, wie verantwoording aflegt over welke bevoegdheid en wie verantwoordelijk is.

3.6.3 *De bestuursvorm van onderwijsorganisaties*

In paragraaf 3.5 is stil gestaan bij de verschillende bestuursvormen in het onderwijs. De belangrijkste constatering is dat het overgrote deel van de onderwijsorganisaties inmiddels een privaatrechtelijke rechtsvorm kent, met de rechtsvorm stichting als de variant die in de praktijk de voorkeur heeft gekregen. De publiekrechtelijke bestuursvormen zijn, met uitzondering van het wetenschappelijk onderwijs, voor de praktijk van marginale betekenis.

De tweede constatering is dat in alle sectoren sinds het midden van de jaren tachtig de aandacht is uitgegaan naar professioneler management binnen de onderwijsorganisaties. Zo rond de eeuwwisseling ontstond vervolgens behoefte aan de versterking van het interne toezicht op het bestuur. De derde constatering is dat de overeenkomsten tussen de verschillende bestuursvormen voor wat betreft de bestuurlijke inrichting van de onderwijsorganisatie groter zijn dan de verschillen.

De ontwikkeling van de diverse bestuursvormen maakt inzichtelijk dat niet alleen de verantwoordelijkheden van onderwijsorganisaties zijn toegenomen maar ook dat de taak van bestuurders omvangrijker is geworden, althans dat de verwachtingen over die taakvervulling hoger zijn geworden. Deze ontwikkeling is gelijk opgegaan met het proces van schaalvergroting, deregulering en overheveling van de financiële beslissingsruimte. Onderwijsorganisaties in vooral het primair en voortgezet onderwijs houden vaak meerdere scholen in stand. In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs groeide de omvang van de onderwijsinstellingen en hun onderwijsorganisaties terwijl het aantal onderwijsinstellingen en -organisaties daalde. Deze schaalvergroting leidde tot een behoefte aan een interne bestuursorganisatie met meerdere, relatief zelfstandig functionerende organisatorische eenheden en een professioneler bestuur met meer aandacht voor verantwoording. De bestuurder van nu is als lid van het bestuurlijk orgaan van zijn onderwijsorganisatie bestuurlijke verantwoordelijkheid gaan dragen voor het besturen van een complexe onderwijsorganisatie, de instandhouding van één grote of meerdere onderwijsinstellingen en een veeleisend financieel beheer. Schoolleiders, locatiedirecteuren, rectoren en decanen konden zich blijven richten op het onderwijskundig leiderschap binnen de eigen organisatorische eenheid.

3.6.4 *Voorstel tot herziening van het juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs*

De ontoegankelijkheid van de onderwijswetgeving die het gevolg is van het huidige onderwijsrechtelijk begrippenkader en de gemaakte keuze van instandhouding van onderwijsinstellingen door privaatrechtelijke rechtspersonen pleit voor een herziening. In de paragrafen 3.2, 3.3 en 3.4 is daarvoor een voorzet gedaan. In deze paragraaf wordt die voorzet verder uitgewerkt in een juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs. Een onderwijsrechtelijk begrippenkader dat is geënt op een begrijpelijk grondschema is een belangrijke voorwaarde voor het verkrijgen van inzicht in de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en in de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs.

Vermeulen en Zoontjens hebben eerder in 2000 geprobeerd het grondschema voor de bestuurlijke vormgeving van het onderwijs als volgt inzichtelijk te maken.

“De bevoegdheid tot het besturen van deze instellingen berust bij het bevoegd gezag. (...) Instandhouding duidt daarentegen op de privaatrechtelijke beheersbevoegdheid, de vermogensrechtelijke zeggenschap over en aansprakelijkheid voor de onderwijsinstelling. De instantie die instandhoudt is de eigenaar of anderszins zakelijk gerechtigde van de school en toebehoren alsmede van het van rijkswege verstrekte geld. (...) Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen houden onderwijsinstellingen in stand; het bestuur van die instellingen ligt in handen van bestuursorganen (openbaar onderwijs) respectievelijk van privaatrechtelijke rechtspersonen die tevens instandhouder zijn (bijzonder onderwijs).”²⁵⁷

Het door Vermeulen en Zoontjens geformuleerde grondschema is aan vernieuwing toe. De voorzet van Vermeulen en Zoontjens maakt bijvoorbeeld een onvoldoende onderscheid tussen het besturen van de rechtspersoon en het feitelijk bestuurlijk handelen. Het grondschema past ook minder bij een situatie waarin de onderwijsinstelling in elk geval een administratieve eenheid is en de organisatorische eenheden vooral maatschappelijke eenheden zijn. Tevens houdt het onvoldoende rekening met de in paragraaf 3.2 onderscheiden hoedanigheden van het begrip ‘bevoegd gezag’ en de verschillende categorieën of soorten bestuursbevoegdheden. Door de invoering van de wettelijke zorgplicht tot scheiding van de functies bestuur en intern toezicht en de bestuursgerichte aanpak van het externe toezicht, hebben de kernbegrippen bestuur en besturen bovendien extra lading gekregen.

Aangezien 99% van de onderwijsorganisaties een private rechtsvorm kent, ligt het voor de hand bij een herziening nadrukkelijker aansluiting te zoeken bij het algemeen rechtspersonenrecht. Dat kan door een duidelijker onderscheid te maken tussen onderwijsorganisatie, onderwijsinstelling en organisatorische eenheid. Extra helderheid kan voorts worden geboden door het huidige begrip bevoegd gezag beperkter in te zetten en te reserveren voor de uitoefening en toekenning van rechtshandelingen met publiekrechtelijk rechtsgevolg. Dat biedt onderwijsorganisaties ook de ruimte om – in lijn met de vrijheid van inrichting – zelf te bepalen door wie dat bevoegd gezag wordt uitgeoefend.

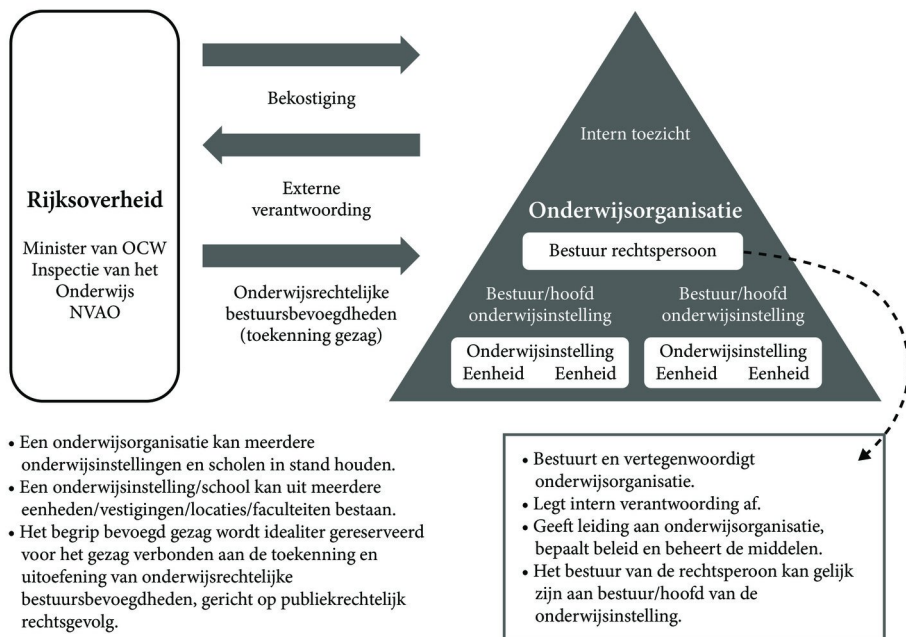
257 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 75.

Schema 3.6.4 Juridisch grondschema bestuurlijke organisatie van het onderwijs

- **De rechtspersoon houdt één of meer onderwijsinstellingen in stand.**
 - De rechtspersoon kan publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben, is in het laatste geval vrij in de keuze van de rechtsvorm en is onderwijsorganisatie op het moment dat hij aanspraak maakt op publieke bekostiging.
- **De onderwijsorganisatie (de rechtspersoon) is drager van rechten en verplichtingen.**
 - De onderwijsorganisatie heeft als rechtssubject recht op publieke bekostiging.
 - De onderwijsorganisatie legt over de naleving van de onderwijswet- en regelgeving en over de verkrijging en besteding van publieke bekostiging verantwoording af aan de overheid.
- **De onderwijswetgeving kent aan de onderwijsorganisatie onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden toe die het mogelijk maken om op de onderwijsinstelling onderwijs te geven en het voor dat onderwijs noodzakelijke gezag uit te oefenen.**
 - De onderwijsorganisatie is de normadressaat van deze bestuursbevoegdheden.
 - Het begrip bevoegd gezag wordt gereserveerd voor gezag verbonden aan de toekenning en uitoefening van onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden tot het verrichten van rechtshandelingen met publiekrechtelijk rechtsgevolg.
 - De onderwijsorganisatie heeft de vrijheid om te organiseren dat, in elk geval voor zover het betreft de uitoefening van dat bevoegd gezag, de uitoefening van de bestuursbevoegdheid geschiedt op het niveau van de leiding van een onderwijsinstelling.
 - In bijzondere gevallen kan de onderwijswetgever, bijvoorbeeld om redenen van onafhankelijkheid of specifieke deskundigheid, een onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheid tot het verrichten van een specifieke rechtshandeling met publiekrechtelijk rechtsgevolg direct toekennen aan een nader te bepalen ambt. In dat geval regelt de onderwijswetgever hoe diegene over de uitoefening van die bevoegdheden verantwoording aflegt.
- **Het bestuur vertegenwoordigt de onderwijsorganisatie.**
 - Het bestuur is bevoegd om te besluiten dat taken en bevoegdheden van het bestuur en bestuursbevoegdheden van de onderwijsorganisatie worden uitgeoefend door de rector, de directie of het college van bestuur als bestuur/bestuursorgaan van de afzonderlijke onderwijsinstelling.
- **Bestuur**
 - Het bestuur is het bestuurlijk orgaan van de onderwijsorganisatie die de onderwijsinstelling in stand houdt, ongeacht de vraag of de onderwijsorganisatie publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft. Het bestuur kan gelijk zijn aan het college van bestuur, de directie, de rector of het instellingsbestuur als bestuursorganen van de onderwijsinstelling.

- **Besturen**
 - Besturen is besturen als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek.
 - Het bijbehorende normatief kader volgt de norm van behoorlijke taakvervulling, de verantwoordelijkheid van de bestuurder voor de algemene gang van zaken en de belangen waarnaar de bestuurder zich dient te richten.
 - Het leiding geven aan en bepalen van het beleid van de onderwijsorganisatie en interne bestuursorganisatie, het verantwoordelijkheid dragen voor de algemene gang van zaken, het zorgdragen voor het financieel beheer en het vertegenwoordigen van de onderwijsorganisatie zijn alle elementen van deze bestuurstaak.
- **Instandhouding**
 - Het door de onderwijsorganisatie in stand houden van een onderwijsinstelling. Elementen van de bijbehorende instandhoudingsverplichting zijn het organiseren van de huisvesting en de organisatie van de materiële, financiële en personele middelen.
- **Beheer**
 - Het financieel beheer en de bijbehorende (financiële) administratie nodig voor het besturen van de onderwijsorganisatie en de instandhouding van een onderwijsinstelling.
- **Onderwijsinstelling**
 - Een onderwijsinstelling is een door een onderwijsorganisatie (lees: rechtspersoon) in stand gehouden school, opleidingscentrum, hogeschool of universiteit.
 - Een onderwijsorganisatie kan meerdere onderwijsinstellingen in stand houden.
 - Een onderwijsinstelling is in elk geval een administratieve eenheid.
- **Organisatorische eenheid**
 - Een organisatorische eenheid is een door het hoofd van de onderwijsinstelling aan te wijzen organisatorische eenheid binnen de onderwijsinstelling.
 - Een organisatorische eenheid kan een (groep van) afdeling, faculteit, vestiging, locatie of opleiding zijn.
 - Zowel binnen de onderwijsorganisatie als binnen de onderwijsinstelling kan sprake zijn van ondersteunende en/of administratieve eenheden. Deze diensten kwalificeren ook als organisatorische eenheid.

Figuur 3.6.4 Herziening juridisch grondschema bestuurlijke organisatie van het onderwijs



3.6.5 *Betekenis juridisch grondschema voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs*

Een inzichtelijk juridisch grondschema heeft voordelen voor zowel het externe toezicht als voor de individuele bestuurder. In het kader van het externe toezicht kan beter inzichtelijk worden gemaakt wie normadressaat is, wie praktisch gesprekspartner van de overheid is en tot wie de overheid zich bij interventies kan richten. De individuele bestuurder kan op zijn beurt meer inzicht verkrijgen in het onderscheid tussen de (bestuurs)bevoegdheden en verplichtingen van de onderwijsorganisatie en de verantwoordelijkheden komende met zijn taak als lid van het bestuurlijk orgaan waarvan hij deel uitmaakt.

Het antwoord op de derde vraag van dit hoofdstuk, wat is de taak van de professioneel bestuurder in het onderwijs, is desondanks niet eenvoudig te geven. Op basis van de analyse van de diverse onderwijsrechtelijke kernbegrippen, de verschillende bestuursvormen en het algemeen rechtspersonenrecht is het hoogstens mogelijk iets te zeggen over (a) de

verantwoordelijkheid van de bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie, (b) diens bestuurstaak en (c) de door hem als bestuurder af te wegen belangen.

Met betrekking tot de verantwoordelijkheid van de bestuurder moet vastgesteld worden dat een bestuurder als lid van het bestuurlijk orgaan belast is met het besturen van de onderwijsorganisatie. Overeenkomstig artikel 2:9 lid 1 BW geldt dat tot de taak van de bestuurder behoren al die bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Ook kan worden vastgesteld dat het besturen een besturen inhoudt als bedoeld in artikel 2:44/291 lid 1 BW. De bestuurder draagt tot slot verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (artikel 2:9 lid 2 BW). Deze verantwoordelijkheid geldt voor de bestuurders van private rechtspersonen en kan naar analogie ook gelden voor de bestuurders van publiekrechtelijke rechtspersonen die een onderwijsinstelling in stand houden. De verantwoordelijkheid van de bestuurder krijgt indirect invulling door het doel van de onderwijsorganisatie (het geven van onderwijs), de bijbehorende wettelijke voorschriften in de onderwijswetgeving en *soft law*.

Wat precies tot de bestuurstaak van een bestuurder moet worden gerekend, is slechts bij benadering te zeggen. Uit paragraaf 3.3 kunnen we opmaken dat de bestuurstaak van de bestuurder niet precies wordt omschreven door het rechtspersonenrecht en de onderwijswetgeving. Uit het algemeen rechtspersonenrecht kan wel worden afgeleid dat bij besturen in elk geval sprake is van leiding geven, beleid bepalen en beheren als drie veronderstelde functies van bestuur. Ook biedt het algemeen rechtspersonenrecht de mogelijkheid om een oordeel te geven over de – negatieve – vraag wanneer een bestuurder zich niet langer gedraagt naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid van hem wordt gevorderd (artikel 2:8 BW juncto artikel 6:162 BW), wanneer hij zijn bestuurstaak niet behoorlijk vervult (artikel 2:9 BW), wanbeheer verricht (artikel 2:355 BW) of wanbeleid vertoont (artikel 2:298 BW). Als gevolg van de grote hoeveelheid jurisprudentie over deze leerstukken is die ondergrens redelijk uitgekristalliseerd. De onderwijswetgeving kent bestuursbevoegdheden meestal toe aan het bevoegd gezag, maar het huidige onderwijsrechtelijk begrippenkader maakt niet altijd duidelijk wie dat bevoegd gezag is. Voorts is het aantal bestuursbevoegdheden gericht op het verrichten van rechtshandelingen met publiekrechtelijk rechtsgevolg uiteindelijk beperkt. De vervulling van veel bestuursbevoegdheden is bovendien tevens een wettelijk voorschrift en daarmee vooral een voorwaarde voor bekostiging van de onderwijsorganisatie.

Het eventuele oordeel over het handelen van de bestuurder en de omvang van diens bestuursautonomie wordt voor een belangrijk deel beïnvloed door de belangen die hij dient na te streven en moet afwegen. Naar welke belangen hij zich heeft te richten, of daartoe ook bijzondere maatschappelijke of publieke belangen behoren en welke belangen

op welk moment voorgaan, is uiteindelijk afhankelijk van alle omstandigheden van het individuele geval. Uit het algemeen rechtspersonenrecht volgt als hoofdregel dat een bestuurder zich op zijn minst heeft te richten naar het belang van de onderwijsorganisatie zoals dat voortvloeit uit de (statutaire) doelstelling van die organisatie (institutionele opvatting). Doet een bestuurder dat niet, dan is de vraag of hij niet handelt in strijd met de statuten en of hij de bestuurstaak wel behoorlijk vervult. Tegelijkertijd geeft datzelfde algemeen rechtspersonenrecht aan dat een bestuurder zich ook heeft te richten naar de belangen van degenen die bij de onderwijsorganisatie betrokken zijn. De te betrachten redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW brengt immers mee dat bestuurders zich jegens elkander en jegens de overige betrokkenen bij de onderwijsorganisatie dienen te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid van hem wordt gevorderd. Een belangrijke omstandigheid voor bestuurders in het onderwijs is dat hun onderwijsorganisaties een activiteit van publiek belang vervullen, dat onderwijs maatschappelijke doelen dient en dat onderwijsorganisaties met publieke middelen worden bekostigd. Die omstandigheden zijn echter niet bij voorbaat doorslaggevend.

Omdat het bepalen van de na te streven en vervolgens af te wegen belangen zo lastig is en onderwijsorganisaties een activiteit van publiek belang verrichten, heeft de flexibele benadering van de institutionele opvatting zoals onder andere De Jongh die voorstaat mijn voorkeur. Een bestuurder dient bij de vervulling van zijn bestuurstaak het te dienen belang van “bestendige of duurzame waardecreatie” voorop te stellen.²⁵⁸ Deze formulering biedt, ook voor bestuurders in het onderwijs, een genuanceerd handvat. Het maakt voor hen als lid van het bestuurlijk orgaan van hun onderwijsorganisatie duidelijk dat bij hun bestuurlijke afweging ook aspecten als continuïteit van het onderwijs en maatschappelijke inbedding van de onderwijsorganisatie een rol kunnen spelen en onderstreept hun inspanningsverplichting om überhaupt belangen van betrokkenen zorgvuldig af te wegen. Van zowel bestuurders van privaatrechtelijk vormgegeven onderwijsorganisaties als van bestuurders van publiekrechtelijke onderwijsorganisaties mag worden verlangd dat zij de relevante belangen zorgvuldig afwegen; en vervolgens tot een eigen afweging en keuze komen. Dat is echter wat anders dan dat bestuurders zich ook moeten richten naar het publiek belang of publieke belangen dienen.

Het ontbreken van een duidelijke omschrijving van de taak van een bestuurder maakt de verleiding groot om daartoe alsnog over te gaan. In het hiervoor geformuleerde grondschema is uiteindelijk toch gekozen voor een neutrale benadering door aan te geven dat besturen een besturen is als bedoeld in artikel 2:9 lid 1 en lid 2 BW en artikel 2:44/291 lid 1 BW. Het leiding geven aan en bepalen van het beleid van de onderwijsorganisatie en de

258 De Jongh 2011, par. 2.2.2 en De Jongh 2014, p. 478.

interne bestuursorganisatie, het verantwoordelijkheid dragen voor de algemene gang van zaken, het zorgdragen voor het financieel beheer, het vertegenwoordigen van de onderwijsorganisatie en het afwegen van belangen zijn allemaal elementen van deze bestuurstaak. Ook deze formuleringen zijn echter uiteindelijk algemeen van aard. Zij worden bovendien beïnvloed door de wettelijke verplichtingen, al dan niet in de vorm van zorgplichten, die een onderwijsorganisatie heeft als rechthebbende op bekostiging. In de hoofdstukken hierna worden deze wettelijke verplichtingen verder beschreven.

Zou men al een minder neutrale benadering willen kiezen, dan zou men kunnen stellen dat het de taak van een bestuurder is om samen met zijn eventuele medebestuurders te besturen en dat dit “besturen een zorgen” betekent. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij daadwerkelijk bestuurt en dat hij zich richt naar het belang van de onderwijsorganisatie, de door die organisatie in stand gehouden onderwijsinstellingen en de continuïteit van het onderwijs. Het belang van bestendige of duurzame waardecreatie staat daarbij voorop. Een professioneel bestuurder draagt zorg voor een professioneel besluitvormingsproces en het zorgvuldig afwegen van de betrokken belangen en hij dient zich als lid van het bestuurlijk orgaan te gedragen naar hetgeen door redelijkheid van hem mag worden gevorderd.

HOOFDSTUK 4 – ZORGPLICHTEN IN HET ONDERWIJS

4.1 *Inleiding*

4.1.1 *Vooraf*

Een bestuurder in het onderwijs is bestuurder van een onderwijsorganisatie. Hij heeft zoals beschreven in hoofdstuk 3 een bestuurlijke taak en dient als bestuurder te besturen en het belang van duurzame en bestendige waardecreatie voorop te stellen. Dat schept verwachtingen die voor een deel worden ingekleurd door de voor onderwijsorganisaties geldende wettelijke verplichtingen. Die verplichtingen hebben niet alleen betrekking op de inhoud, de doelen en de kwaliteit van het onderwijs. Er is ook sprake van diverse wettelijke voorschriften betreffende het bestuur, het te hanteren bestuursmodel en de interne bestuursorganisatie.

Opvattingen over wat goed onderwijs is of wat het daarmee verbonden goed bestuur vermag, kunnen uit de aard der zaak verschillen. Wettelijke voorschriften bevatten in veel gevallen immers open normen. Sinds 1985 is sprake van een ontwikkeling waarbij voor steeds specifiekere terreinen of aspecten van het onderwijs rechtsnormen worden geformuleerd. Bij die rechtsnormen wordt al snel gekozen voor het gebruik van open normen in de vorm van zorgplichten.

4.1.2 *Vraagstelling en opzet hoofdstuk*

De vraag die in dit hoofdstuk wordt gesteld is: wat betekenen de voor onderwijsorganisaties bij of krachtens de onderwijswet- en regelgeving geldende zorgplichten voor de juridische positie van bestuurders? Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag worden in dit hoofdstuk de voor onderwijsorganisaties geldende zorgplichten in het onderwijs en het juridisch karakter daarvan in kaart gebracht.

In paragraaf 4.2 wordt ingegaan op de algemene achtergrond van zorgplichten in het onderwijs. De verschillende zorgplichten komen vervolgens aan de orde in de paragrafen 4.3 tot en met 4.7. In paragraaf 4.3 wordt de zorgplicht goed onderwijs besproken. In paragraaf 4.4 staat de zorgplicht goed bestuur centraal en in paragraaf 4.5 en 4.6 de daaruit

voortvloeiende zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht en de zorgplicht tot inrichting van de interne bestuursorganisatie. Onder interne bestuursorganisatie wordt verstaan de verdeling van taken en bevoegdheden tussen bestuurders enerzijds en schoolleiders, directeuren, rectoren en decanen anderzijds. De verhouding tussen bestuurders en medezeggenschap komt aan bod in paragraaf 4.7. Paragraaf 4.8 sluit af met een analyse van de betekenis van de diverse zorgplichten voor de juridische positie van de bestuurder.

4.1.3 *Wettelijke deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden*

Deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden houden kort gezegd de verplichting in om te handelen in lijn met een door de onderwijswetgever benoemd belang of voorschrift. Naarmate de bij die deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden behorende normen minder concreet zijn geformuleerd spreken we in het onderwijs ook wel van zorgplichten.

De verplichting om te handelen in lijn met het door de onderwijswetgever benoemd belang of voorschrift, vormt – uitgaande van het in hoofdstuk 3 beschreven juridische grondschema – voor de onderwijsorganisaties een voorwaarde voor bekostiging. Dat is niet altijd even zichtbaar omdat de onderwijswetgever meestal het begrip bevoegd gezag gebruikt en met dat begrip soms de rechtspersoon wordt bedoeld, soms het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon en soms het bestuursorgaan van de instelling. Dat maakt lezing van de diverse wettelijke deugdelijkheidseisen en bijbehorende toelichtingen in de wetsgeschiedenis niet altijd even toegankelijk.

Deugdelijkheidseisen vormen zowel voor het openbaar als voor het bijzonder onderwijs de minimale eisen waaraan bij het geven van onderwijs moet worden voldaan.¹ Deugdelijkheidseisen worden ook wel basisnormen genoemd.² Het veronderstelde onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden is dat in het openbaar onderwijs sprake is van deugdelijkheidseisen (artikel 23 lid 5 en lid 6 Grondwet) en in het bijzonder onderwijs van bekostigingsvoorwaarden (artikel 23 lid 7 Grondwet).³ Met de verzelfstandiging van het openbaar onderwijs en de keuze van de wetgever begin deze eeuw om de wetgeving die ziet op de bekostiging van het onderwijs te harmoniseren met de Awb is het verschil tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden minder relevant geworden.⁴ De wettelijke deugdelijkheidseisen zijn voor het verzelfstandigd openbaar

1 Mentink 1989.

2 Zoontjens 2015b, p. 9.

3 Vermeulen 1999, p. 85-86 en Zoontjens 1999a, p. 66-67.

4 De Boer, Zoontjens, Michiels & Den Ouden 2014 en Zoontjens, De Boer, Michiels & Den Ouden 2014.

onderwijs en het bijzonder onderwijs bekostigingsvoorwaarden. De term deugdelijkheidseis wordt vaak gelijkgesteld met de term bekostigingsvoorwaarde.⁵

De veronderstelling bij wettelijke deugdelijkheidseisen is dat zij objectieve criteria vormen die voor alle onderwijsorganisaties gelijk gelden en die kaders (bekwaamheidseisen, schooltijden, urennormen) en inhoudelijke opdrachten (kerndoelen en soms proceskenmerken) betreffen waaraan elke onderwijsorganisatie in een bepaalde onderwijssector moet voldoen.⁶ Naleving van de wettelijke deugdelijkheidseisen zou aangeven dat “het onderwijs een zekere basiskwaliteit heeft”.⁷ Deugdelijkheidseisen zien van oudsher dan ook vooral op de kwaliteit en de formele minimale inhoud van het onderwijs (zoals de kerndoelen) en behoren overeenkomstig artikel 23 lid 5 Grondwet bij wet te worden gesteld.⁸ Huisman onderscheidt voorschriften die zien op de inhoud van het onderwijs (kerndoelen, eindexameneisen, kwalificatiedossier) en procesvoorschriften (schoolplan, schoolgids, studiegids, onderwijs- en examenreglement).⁹ Hieraan kunnen als derde categorie voorschriften betreffende de bestuurlijke inrichting van de onderwijsorganisatie worden toegevoegd.

Objectiviteit van wettelijke deugdelijkheidseisen is vooral een uitgangspunt. Wettelijke deugdelijkheidseisen vormen op het oog weliswaar “niet-onderhandelbare basisnormen”, maar het bepalen van de inhoud van de deugdelijkheidseis, de wijze van invulling en de mate van naleving is altijd enigszins relatief en subjectief. Het is omwille van het uitgangspunt van objectiviteit wel zo dat de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO bij de beoordeling van de vraag of aan wettelijke deugdelijkheidseisen wordt voldaan in beginsel terughoudend en proportioneel dienen op te treden.¹⁰ Aangezien volstreekte objectiviteit

5 Mentink & Vermeulen 2011, p. 98.

6 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 10-11.

7 *Idem*, p. 11.

8 Kortmann 1987, p. 133-135.

9 Huisman 2014a, p. 46-47. Mentink koos in 1989 voor een onderscheid tussen (a) eisen betreffende de onderwijskundige en inhoudelijke richting en inrichting (o.a. vakken, studiebelasting, eindnormen), (b) eisen betreffende de in te zetten instrumenten (o.a. vrijwillige onderwijsbijdrage, gelijke behandeling personeelsbeleid, samenwerkingsverplichtingen), (c) eisen betreffende de organisatie van de school (o.a. stichtings- en opheffingsnormen, bevoegdheid docenten) en (d) eisen betreffende het bestuur en het beheer (o.a. rechtspersoonlijkheid, verbod op winstoogmerk, verstrekken inlichtingen). Zie Mentink 1989, p. 55-56. Zoontjens richtte zich in 2002 vooral op de te onderscheiden eigenschappen van deugdelijkheidseisen. Hij benoemde de volgende vier eigenschappen: (a) inrichtingsvoorschriften (de eisen die betrekking hebben op de inhoud van het onderwijs), (b) subsidiariteit (de wetgever gaat pas over tot wettelijke regeling als “blijkt dat onderwijsinstellingen niet zelf of in samenwerking met anderen” de minimale kwaliteit van het onderwijs borgen), (c) legaliteit en (d) exclusiviteit. Zie Zoontjens 2002, p. 123.

10 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 19.

van normen niet altijd mogelijk is, vragen rechtszekerheid en beginselen van behoorlijk bestuur ook procedurele zorgvuldigheid en adequate rechtsbescherming bij geschillen.¹¹

Aandachtspunt voor bestuurders is dat zij bij de beoordeling van het functioneren van hun onderwijsorganisaties niet alleen te maken hebben met wettelijke deugdelijkheidseisen, maar ook met de interpretaties van die eisen, met de in lagere regelgeving uitgewerkte subsidievoorschriften en met overige verlangde (gedrags)normen. Zo is ter uitwerking en in aanvulling op de wettelijke deugdelijkheidseisen onder meer sprake van onderzoeks- en waarderingskaders van de Inspectie van het Onderwijs (artikel 11 en 13 Wot), een accreditatie- en beoordelingskader van de NVAO (artikel 5a.2a Whw), door de minister van OCW aan te wijzen branchecodes goed bestuur (artikel 171 Wpo, artikel 103 Wvo, artikel 2.5.4 Web en artikel 2.14 Whw) en prestatieafspraken. De overheid hanteert bij de evaluatie van de wettelijke deugdelijkheidseisen naar eigen zeggen een “permanent proces van herijking”.¹² Bij dit proces wordt niet getoetst of de deugdelijkheids voldoende objectief is, maar ook of de eis nog van deze tijd en relevant is en of de eis een wezenlijke bijdrage levert aan kwalitatief hedendaags onderwijs en een goed functioneren van de onderwijsinstelling.¹³ Die herijking kan leiden tot voorstellen tot verbetering van de wettelijke deugdelijkheidseis, maar wordt soms ook ingevlochten in nadere toelichtingen, uitwerkingen of aanvullingen in onderzoekskaders en beleidsregels. Als stelregel kan gelden dat naarmate de objectiviteit van een (veronderstelde) norm minder eenvoudig is, onderwijsorganisaties bij geschillen over de naleving van die norm eerder een beroep kunnen doen op de beschermende werking van bijvoorbeeld procedurele waarborgen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de van de overheid of anderen te verwachten terughoudendheid.

Op het moment dat de overheid de norm niet zelf vaststelt, spreken we overigens ook wel van ‘*soft law*’. Hieronder worden verstaan gedragsregels en veronderstelde normen die als zodanig niet juridisch verbindend zijn, maar wel bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben, en die gericht zijn op het bewerkstelligen van effecten in de praktijk en deze ook daadwerkelijk kunnen hebben. Het gaat bij *soft law* bijvoorbeeld om door toezichthouders, beroepsgroepen, commissies of koepelorganisaties opgestelde beleidsbrieven, richtlijnen, convenanten, protocollen, gedragscodes of andere standaarden, overeenkomsten, uitwerkingen, standpunten en toelichtingen. *Soft law* is normatief van aard, heeft enige juridische werking en kan externe effecten genereren, ook voor derden, maar heeft als

11 *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-VIII, nr. 164, p. 8.

12 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 14, p. 8.

13 *Kamerstukken I* 2015/16, 33862, nr. H, p. 4.

zodanig geen rechtstreekse werking. Wel kan het een nadere interpretatie geven aan de uitleg van open geformuleerde rechtsnormen.

4.1.4 *Wisselwerking bevoegdheden en verplichtingen*

Het voorgaande geeft aan dat onderwijsorganisaties zich gesteld zien voor een grote hoeveelheid en gelaagdheid van normen, hetgeen duidt op een kennelijke behoefte aan een breed en fijnmazig beoordelingskader. De vraag is hoe om te gaan met die behoefte aan een breed en fijnmazig beoordelingskader. De structuur van de huidige onderwijswet- en regelgeving is aldus dat sprake is van bestuursbevoegdheden, wettelijke voorschriften en normcondities. De verschillende bevoegdheden en verplichtingen zien op het verzorgen van onderwijs als prestatie, het functioneren van het bestuur van de rechtspersoon/onderwijsinstelling en het intern toezicht, het (financiële) beheer van de onderwijsorganisatie en het functioneren van medezeggenschap en goed werkgeverschap.¹⁴

Deze bevoegdheden en verplichtingen verhouden zich tot elkaar. Ter illustratie kan worden gewezen op de bepaling inzake het schoolplan (artikel 11 Wpo en artikel 24 Wvo). Een onderwijsorganisatie heeft thans als bevoegd gezag de bestuursbevoegdheid om een schoolplan vast te stellen. De besluitvorming omtrent dit schoolplan is een taak van het bestuur van de onderwijsorganisatie. Het überhaupt vaststellen van het schoolplan is vervolgens als procesvoorschrift een verplichting voor de onderwijsorganisatie; en daarmee een voorwaarde voor bekostiging. Het in het schoolplan te beschrijven onderwijsaanbod dient bovendien te voldoen aan de wettelijke deugdelijkheidseisen die zien op de inhoud en het niveau van het onderwijs. Ook die normcondities zijn bekostigingsvoorwaarden. De bestuursbevoegdheden en wettelijke verplichting vallen samen. Tot slot heeft de onderwijswetgever geregeld dat het bestuur het opstellen en vaststellen van het schoolplan kan mandateren aan het hoofd van de school en dat de medezeggenschapsraad een instemmingsrecht heeft.

Of en in welke mate een bestuursbevoegdheid invulling krijgt en de onderwijsorganisatie de bijbehorende wettelijke verplichting nakomt, wordt achteraf beoordeeld door de overheid. Die beoordeling heeft niet alleen betekenis voor het antwoord op de vraag of de onderwijswetgeving wordt nageleefd maar beïnvloedt ook het oordeel over het functioneren van het bestuurlijk orgaan van de onderwijsorganisatie en het (interne) oordeel over de

14 Taken en bevoegdheden in de onderwijswet- en regelgeving berusten soms bij het bevoegd gezag, soms bij het bestuurlijk betrokken orgaan en soms bij de instelling als zodanig. In hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat dit vooral een gevolg is van een weinig consistent begrippenkader. Dit weinig consistent adresseren geldt ook voor de adressering van deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden.

taakvervulling door bestuurders. Om die reden heeft elk oordeel door onderwijsorganisaties over de nakoming van hun verplichtingen, uiteindelijk (indirect) ook betekenis voor het externe en interne oordeel over het functioneren van individuele bestuurders.

4.2 *Zorgplichten als ruimte latend instrument van wetgeving*

4.2.1 *Inleiding*

Een belangrijke vraag is steeds wat inhoud en omvang van een voor de onderwijsorganisatie geldende norm is. Gesteld kan worden dat de interpretatie van inhoud en omvang van een norm afhankelijk is van de concreetheid van de bij de norm behorende bevoegdheid. Naarmate de wettelijke formulering concreter is, is ook de bijbehorende wettelijke norm concreter. Op het moment dat een bevoegdheid of verplichting meer open is geformuleerd, ontstaat er ruimte voor interpretatie.

Ter illustratie enkele voorbeelden.

Artikel 7b lid 1 Whw: “De studielast van een bacheloropleiding in het hoger beroepsonderwijs bedraagt 240 studiepunten”. Deze bepaling is zowel een bestuursbevoegdheid (het instellingsbestuur kan een studieprogramma vaststellen uitgaande van 240 studiepunten) als een wettelijke verplichting (het instellingsbestuur moet dat programma vaststellen en een hbo-bachelor moet ook daadwerkelijk 240 studiepunten hebben).

Artikel 11 Wpo: “Het bevoegd gezag rapporteert met inachtneming van het leerling- en onderwijsvolgsysteem, bedoeld in artikel 8, zesde lid, over de vorderingen van de leerlingen aan hun ouders.” Deze bepaling heeft als effect dat de onderwijsorganisatie een bestuursbevoegdheid heeft om te rapporteren over de voortgang van leerlingen. Tegelijkertijd houdt het de wettelijke verplichting in om dat ook echt te doen. Niet-rapporteren heeft als gevolg dat sprake is van niet-naleving van de onderwijswetgeving).

Artikel 9.1.7 lid 1 Web: “Het college van bestuur stelt een bestuursreglement vast”. Ook deze bepaling is een taak, bevoegdheid en verplichting ineen. De vaststelling van een bestuursreglement vormt een taak (het college van bestuur wordt geacht een bestuursreglement vast te stellen), een bevoegdheid (het besluit tot vaststelling van bestuursreglement is de bevoegdheid van het college van bestuur) en een verplichting (niet-vaststelling van een bestuursreglement betekent dat de onderwijswetgeving niet wordt nageleefd).

In paragraaf 4.2.2 wordt ingegaan op het verschijnsel zorgplicht als zodanig. De interpretatie van zorgplichten komt aan bod in paragraaf 4.2.3.

4.2.2 *Wat is een zorgplicht?*

A. Een zorgplicht is een open geformuleerde juridische gedragsnorm

Op het moment dat een wettelijk voorschrift min of meer open is geformuleerd, is al snel sprake van een wettelijke oproep tot een handelen in een gewenste (kwalitatieve) richting of conform verlangd gedrag. Alsdan spreken we ook wel over zorgplichten. Het gebruik van zorgplichtbepalingen is in het onderwijs bewust beleid geweest.¹⁵

Wanneer is nu sprake van een zorgplicht? We treffen in de literatuur meerdere definities aan. De projectgroep Zorgplichten hanteerde in 2004 de volgende definitie.

“Onder een zorgplicht wordt in dit rapport een gedragsnorm verstaan:

1. die zich niet uitsluitend tot de overheid richt;
2. die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang;
3. die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven open staan; en
4. waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.”¹⁶

De projectgroep Zorgplichten Primair Onderwijs benoemde vervolgens in 2005 dat zorgplichten een ruimte latend karakter hebben.

“De kern van een zorgplicht is dat de normadressaat, degene tot wie de norm is gericht, ruimte heeft voor gedragsalternatieven om het bepaalde belang te beschermen. Een zorgplicht schrijft niet het wenselijke gedrag voor, maar de zorg die tot dat gedrag zou moeten motiveren: er wordt een appel gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van de adressaten.”¹⁷

15 *Bruikbare rechtsorde* 2005.

16 Ministerie van Justitie 2004, p. 6. Auteur heeft zelf aan dit rapport meegewerkt door onderzoek te doen naar de destijds in de wetgeving bekende zorgplichten en het gebruik van die zorgplichten door de wetgever en de rechter. Zie ook: Zijlstra e.a. 2012, p. 181.

17 Projectgroep ZPO, *Zorgplichtbepalingen in het primair onderwijs*, Den Haag 2005, p. 16 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 27728, 85).

Dit ruimtelatend karakter van zorgplichten is uiteindelijk in 2011 binnen de Vrije Universiteit vertaald naar een definitie die de nadruk legde op het gegeven dat de wetgever het te beschermen belang bepaalt en de ruimte van rechtssubjecten (als adressaten van de norm) bevestigt hoe aan dit te beschermen belang invulling te geven.

“Een zorgplicht is een gedragsnorm op grond waarvan de betrokkenen zorg voor een bepaald door de wetgever of de rechter geformuleerd belang in acht moeten nemen. Veelal gaat het bij zorgplichten om verplichtingen die met behulp van open normen zijn omschreven. Zij laten actoren daardoor meerdere gedragsalternatieven om zelf invulling te geven aan de verwezenlijking van een bepaald algemeen of individueel belang.”¹⁸

De drie definities maken duidelijk dat bij zorgplichten de wetgever van de normadressaat verwacht dat hij (a) handelt en dat hij (b) bij dat handelen zorg betracht voor (c) een specifiek belang dat de wetgever heeft benoemd. Dit leidt in theorie tot de volgende systematiek. De wettelijke zorgplicht richt zich tot de onderwijsorganisatie (normadressaat) om een bepaalde juridische gedragsnorm na te leven (belang) en drukt uit dat van de bestuurders wordt verwacht dat zij de bijbehorende zorg betrachten (handelen). De bestuurders vervullen immers als bestuurder de bestuurlijke taak en vertegenwoordigen de onderwijsorganisatie.

Ook in het verbintenissenrecht en het rechtspersonenrecht is sprake van zorgplichten. In het verbintenissenrecht wordt bij de uitleg van de over en weer geldende rechten en verplichtingen wel gesproken over een door beide partijen te betrachten wederzijdse zorgplicht.¹⁹ De (publiekrechtelijke of contractuele) zorgplicht vult als het ware de over en weer te betrachten contractuele redelijkheid en billijkheid in en is intenser naarmate de belangen voor een partij groter zijn en de partijen minder gelijkwaardig.²⁰ De figuur van de contractuele zorgplicht kreeg vooral veel aandacht in de financiële sector met de invoering van de bancaire zorgplicht. Ook in het rechtspersonenrecht wordt soms wel gesproken over de zorgplicht van de bestuurder. Verdam merkte in 2011 op dat een bestuurder diverse zorgplichten heeft op grond van het rechtspersonenrecht, de op zijn rechtspersoon van toepassing zijnde sectorwetgeving, branchecodes en zelfregulering.²¹ Die zorgplichten kleuren de norm in van de behoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9 BW. De diverse zorgplichten gaan overigens volgens Verdam niet verder dan die norm van

18 Jansen, Munneke, Van Ommeren & Rutgers 2011, p. 14.

19 Tjong Tjin Tai 2007, p. 97.

20 Timmerman 2008.

21 Verdam 2011, p. 173-189.

behoorlijke taakvervulling. Zij zijn “ingebakken in de wettelijke verplichting van de bestuurder tot behoorlijke taakvervulling”.²²

Het begrip zorgplicht maakt prettig inzichtelijk dat sprake is van een deugdelijkheidseis en bekostigingsvoorwaarde als de onderliggende norm niet heel concreet is. Voor bestuurders maakt het begrip zorgplicht inzichtelijk dat bij het niet voldoen aan de norm door de onderwijsorganisatie sprake kan zijn van een situatie waarin vragen mogelijk zijn over de wijze waarop de bestuurder de eigen bestuurlijke taak vervult. Al was het maar omdat het door de onderwijsorganisatie niet naleven van een zorgplicht kan leiden tot omvangrijke bekostigingssancties. Die bekostigingssancties kunnen van betekenis zijn voor de (financiële) prestaties van de onderwijsorganisaties en de (financiële) continuïteit. Om die reden wordt er in dit hoofdstuk voor gekozen om de diverse open geformuleerde taken, bevoegdheden en verplichtingen van onderwijsorganisaties aan te merken als zorgplichten.

B. Beginselgeleide wetgeving en prestatienormen

De in dit hoofdstuk gemaakte keuze om het begrip zorgplicht ruim op te vatten heeft als gevolg dat ook de bepalingen in de onderwijswet- en regelgeving die een beginselgeleid karakter hebben of een prestatienorm inhouden door mij uiteindelijk worden aangemerkt als zorgplichten.

Een voorbeeld van beginselgeleide wetgeving in het onderwijs vinden we in artikel 8 lid 10 Wpo (“Het onderwijs wordt zodanig ingericht dat leerlingen die in verband met ziekte thuis verblijven dan wel zijn opgenomen in een ziekenhuis, op adequate wijze voldoende onderwijs kunnen genieten”). Prestatienormen op hun beurt zijn doelvoorschriften die het einddoel normeren dat moet worden behaald (het resultaat), zonder voor te schrijven op welke wijze dat moet gebeuren.²³ Net als geldt voor zorgplichtbepalingen hebben ook beginselgeleide wetgeving en prestatienormen een ruimte-latend karakter. Termen die duiden op beginselgeleide wetgeving zijn ‘zodanig’, ‘goed’, ‘voldoende’ of ‘adequaat’. Deze termen maken duidelijk dat sprake is van verplichtingen die sterk leunen op opvattingen over rechtvaardigheid en te hanteren waarden. Dat zijn belangrijke kenmerken van beginselgeleide wetgeving. De prestatienormen in het onderwijs kregen extra aandacht met het onderscheid dat de Commissie-Dijsselbloem maakte tussen het “wat” en het “hoe”.²⁴ Sinds 2008 heeft de overheid een voorkeur voor kwalitatieve prestatienormen en bijbehorende prestatieafspraken.²⁵ Het bekendste voorbeeld daarvan zijn de prestatieaf-

22 Verdam 2011, p. 188.

23 Timmer 2013, p. 355 en Witteveen 2007, p. 23.

24 *Tijd voor onderwijs* 2008.

25 Barkhuysen & Claessens 2014 en Nolen 2014.

spraken in het hoger onderwijs waarbij de omvang van het recht op reguliere bekostiging afhankelijk wordt gesteld van het oordeel van de minister van OCW over de vraag of plannen ‘voldoende ambitieus’ en ‘voldoende realistisch’ zijn of ‘voldoende aansluiten bij de gewenste ontwikkelingen’ (Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs).²⁶ Maar ook in het middelbaar beroepsonderwijs en het primair en voortgezet onderwijs zijn er voorbeelden aan te wijzen.²⁷

Prestatienormen zijn op het oog concreter dan zorgplichten maar dat is deels schijn.²⁸ De bekostiging van het onderwijs is al langere tijd afhankelijk van meerdere objectieve prestatie-indicatoren (denk aan aantal leerlingen en studenten, diplomabekostiging, aantal achterstandsleerlingen). Veel prestatienormen zijn ook vermomd als parameters voor het verdelen van bekostiging. Hierdoor kan de overheid sturen op de uitkomst (prestatie) van het handelen van onderwijsorganisaties. Op het moment dat sprake is van subjectieve beoordelingen in combinatie met kwalitatieve en relatieve criteria – zoals in elk geval bij de prestatieafspraken in het hoger onderwijs het geval is – vertonen prestatienormen een sterke gelijkenis met zorgplichten.²⁹ Ook nu is immers sprake van voorschriften gericht op een bepaald en door de overheid benoemd doel.

C. Wie is de normadressaat van zorgplichten?

De diverse zorgplichten in de onderwijswet- en regelgeving maken – mede door het niet inzichtelijke begrippenkader – niet altijd meteen duidelijk tot wie de zorgplicht zich richt. Wie dient de zorgplicht nu na te leven? De onderwijsorganisatie, het bestuur van de rechtspersoon, het bestuur van de onderwijsinstelling of individuele personeelsleden?

Het in hoofdstuk 3 beschreven juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs veronderstelt dat zorgplichten voor zover zij bekostigingsvoorwaarden zijn, zich richten tot de onderwijsorganisaties en dat zij invulling geven aan de verlangde bestuurlijke taak van hun bestuurders. De formuleringen van de diverse wettelijke zorgplichten maken dat niet altijd even inzichtelijk. Ook maakt de onderwijswet- en regelgeving niet altijd duidelijk wie op de uit een zorgplicht voortvloeiende norm een beroep kan doen. Als de naleving van een zorgplicht enkel en alleen een voorwaarde voor bekostiging is, dan zou slechts de overheid een beroep kunnen doen op de in de bewuste bepaling benoemde rechtsnorm.

26 Besluit experiment prestatiebekostiging hoger onderwijs (Stb. 2012, 534).

27 Regeling prestatiebox primair onderwijs 2015-2020 (Stcrt. 2015, 10073), Regeling prestatiebox voortgezet onderwijs 2015-2017 (Stcrt. 2015, 1627), Regeling prestatiebox mbo (Stcrt. 2012, 5808 en Stcrt. 2014, 29438) en Regeling kwaliteitsafspraken mbo (Stcrt. 2015, 6338 en Stcrt. 2014, 35959).

28 Nolen 2014, p. 99-104.

29 Nolen 2014, p. 102-104.

Hoewel de onderwijswet- en regelgeving zich primair richt op de verhouding tussen de overheid en onderwijsorganisaties mag aangenomen worden dat de diverse zorgplichten meer indirect ook invulling kunnen geven aan de rechtsverhoudingen van anderen tot de onderwijsorganisatie. Al was het maar omdat zij de context vormen voor de rechtsgevolgen die met die rechtsverhoudingen worden beoogd. De vergelijking met de voor financiële dienstverleners geldende vergunningsvoorwaarde dat zij “op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht” nemen en dat zij bij hun advisering moeten handelen “in het belang van de consument of begunstigde” is snel gemaakt (artikel 4.24a Wet financieel toezicht). De diverse onderwijsrechtelijke zorgplichten kunnen in potentie indirect doorwerken in de door onderwijsorganisaties jegens ouders, leerlingen en studenten te betrachten zorgvuldigheidsnorm in het kader van artikel 6:74 BW (wanprestatie) en 6:162 BW (onrechtmatige daad). Dit geldt ook voor de door de bestuurder bij de vervulling van de bestuurlijke taak te betrachten zorgvuldigheid jegens de onderwijsorganisatie (artikel 2:9 BW).

4.2.3 *Interpretatie van zorgplichten*

Bij zorgplichten vervult de interpretatie van de rechtsnorm een centrale rol. Hierdoor roepen zorgplichten snel vragen op over de rechtszekerheid en legaliteit van de rechtsnorm.³⁰ Is die interpretatie wel voldoende kenbaar? Handhaving van een zorgplicht kan strijdig zijn met bedoelde twee rechtsbeginselen als de uit de zorgplicht voortvloeiende rechtsnorm onvoldoende duidelijk is. Reden waarom bijvoorbeeld Michiels er in 1994 voor pleitte dat als de overheid tot handhaving op basis van een zorgplicht overgaat, die overheid de verplichting heeft om gemotiveerd aan te geven waarom in een specifiek geval in strijd is gehandeld met de bewuste zorgplicht.³¹

Interpreteren is een proces. In de praktijk van alle dag werken overheid en externe toezicht-houders zorgplichten uit, geven onderwijsorganisaties en hun bestuurders invulling aan de uit de zorgplicht voortvloeiende juridische gedragsnorm en ontnemen personeel, leerlingen/studenten en ouders aan de diverse zorgplichten verwachtingen. Interpretatie vindt vooraf en tijdens het geven van onderwijs plaats, maar ook achteraf in het kader van de verantwoording en de beoordeling van die verantwoording.

Het is bij een zorgplicht niet alleen van belang om te weten wat de interpretatie kan zijn en wanneer die interpretatie plaatsvindt. Het is ook van belang om te weten wie in een

30 Zie o.a. Happé 2011, Van Ommeren 2011, p. 37 en Zijlstra e.a. 2012, p. 184.

31 ABRvS 5 juli 1994, AB 1994, 636 m.nt. FM. Zie voor een overzicht: Ministerie van Justitie, *Ruimte voor zorgplichten*, Den Haag 2004, p. 6 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 14).

concreet geval de wettelijke zorgplicht interpreteert. In het onderwijs geschiedt een belangrijk deel van de interpretatie van wettelijke zorgplichten door de overheid, de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO. Vooraf geven ze uitdrukking aan hun interpretatie van de diverse zorgplichten door middel van lagere regelgeving, onderzoekkaders en beleidsregels. Voorbeelden daarvan zijn de waarderingskaders die op grond van artikel 13 Wot door de Inspectie van het Onderwijs worden opgenomen in de toezichtkaders, de door de minister van OCW aan te wijzen branchecodes goed bestuur (artikel 171 Wpo, artikel 103 Wvo, artikel 2.5.4 Web en artikel 2.14 Whw) en de nadere subsidievoorschriften. Achteraf vindt interpretatie van zorgplichten door de overheid plaats in het kader van de beoordeling van de verantwoording door de onderwijsorganisatie en de eventueel daarop volgende handhaving.

We vinden in het onderwijs soms uitwerkingen terug waarvan het de vraag is of die nog voldoende recht doen aan de beschermende werking van het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel. In het bijzonder kan worden gewezen op de zogeheten servicedocumenten, modules en beleidsregels van de minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs. Het *Servicedocument beroepspraktijkvorming*,³² het Beslisschema aangepast arrangement po,³³ de Beslisregel onderwijsleerproces en kwaliteitszorg,³⁴ de notitie Opbrengsten BVE 2013-2014³⁵ en de diverse Nota's Helderheid³⁶ zijn hiervan voorbeelden. Nadere uitwerkingen kunnen nuttig zijn; zeker als tijdelijk onzekerheid bestaat over de reikwijdte van een bepaalde norm. Maar het zijn wel altijd interpretaties door een ander dan de onderwijswetgever. Zeker naarmate die interpretaties fijnmaziger zijn dan de oorspronkelijke algemeen geformuleerde wettelijke norm, roept dat de vraag op of nog sprake is van een deugdelijkheidseis die bij wet is geregeld zoals artikel 23 lid 6 Grondwet verlangt.

In de literatuur wordt, mede als gevolg van het veelvuldig gebruik van lagere voorschriften en de toekenning van normstellende en handhavende bevoegdheden aan externe toezicht-

32 Een voorbeeld daarvan is het door de Inspectie van het Onderwijs opgestelde *Servicedocument beroepspraktijkvorming* (Inspectie van het Onderwijs 2014b). De Inspectie van het Onderwijs verwijst in dit document naar de artikelen 7.2.8 en 7.2.9 Web. Beide artikelen bevatten echter niet de bevoegdheid voor de Inspectie van het Onderwijs om nadere eisen te stellen aan de wijze waarop de beroepspraktijkvorming wordt vormgegeven.

33 Zie www.onderwijsinspectie.nl.

34 Een bijlage bij het Toezichtkader VO 2013 inhoudende de 'Beslisregels toekenning toezichtarrangement na kwaliteitsonderzoek (KO) en na onderzoek naar de kwaliteitsverbetering (OKV)'. Zie www.onderwijsinspectie.nl.

35 Inspectie van het Onderwijs 2015.

36 Ministerie van OCW 2004b; Ministerie van OCW 2013; Ministerie van OCW 2004a; Inspectie van het Onderwijs 2011. Van recente datum is ook *Kamerstukken II* 2006/07, 27451, nr. 66 (Brief 28 maart 2007 inzake aanvulling eis bij thema uitbesteding van verzorgen "kern van het onderwijscurriculum" door het mbo).

houders, soms de vraag gesteld of het gebruik van zorgplichten nog wel passend is.³⁷ De kritiek van bijvoorbeeld Evers is dat de introductie van zorgplichten in combinatie met open bestuursbevoegdheden op gespannen voet staat met de democratische legitimiteit en zelfs kan leiden tot rechtsonzekerheid en willekeur. Volgens Evers vormt “het gebruik van open normen en zorgplichten (...) een risico voor de rechtszekerheid en de effectiviteit van regulering. Normadressaten hebben niet altijd de kennis om adequaat aan een zorgplicht invulling te geven. Handhavende instanties ontbreekt het aan normatieve kaders om adequaat handhavend op te treden.”³⁸

Een deel van de kritiek van Evers wordt ondervangen doordat het onderwijsveld zelf de diverse zorgplichten uitwerkt. De koepelorganisaties en beroepsgroepen maken gebruik van convenanten, codes en protocollen. Datzelfde proces vindt ook binnen onderwijsorganisaties plaats. Deze zelfregulering, een vorm van *soft law*, geeft in potentie inzicht in de ontwikkeling van de algemeen aanvaarde professionele standaard. Mijn indruk is wel dat de betrokkenheid van bestuurders, schoolleiders, docenten en wetenschap bij de formulering van die standaard groter kan zijn.

De Onderwijsraad wees in 2015 op het uit evenwicht geraken van het kwaliteitsbeleid. De nadruk ligt volgens de Onderwijsraad te veel op landelijke normen en er wordt te weinig rekening gehouden met het debat over kwaliteitsopvattingen en ‘lokale onderwijsvisies’.³⁹ Een mogelijke oorzaak van deze onbalans is te vinden in het gegeven dat in de onderwijssector, anders dan in bijvoorbeeld de sector zorg, het initiatief voor de interpretatie van de kwaliteit van onderwijs en de bijbehorende zorgplichten voor een belangrijk deel niet bij de sector zelf ligt maar bij de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO als externe toezichthouders. Zij werken vooraf normen uit en interpreteren achteraf bij de beoordeling wat de norm precies inhoudt en of aan de norm is voldaan.

De rol van de overheid bij de vaststelling, uitwerking en interpretatie van de kwaliteitsnorm is niet in alle maatschappelijke sectoren zo groot als in het onderwijs. In de zorg is bijvoorbeeld wettelijk vastgelegd dat de diverse medische protocollen en zorgrichtlijnen worden

37 Die kritiek richt zich overigens vooral op bijvoorbeeld de NZa, DNB en de AFM. Zie o.a. Doets 2014, Onderzoekscommissie NZa 2014 en Mein 2015.

38 Evers 2014, p. 274. Evers verwijst onder meer naar de opmerkingen van de Raad van State over kaderregulering (Raad van State, Jaarverslag 2006, Den Haag 2007, p. 57) en over de bestendigheid van wet- en regelgeving (Raad van State, *Jaarverslag 2012*, Den Haag 2013, p. 45 en Raad van State, *Jaarverslag 2013*, Den Haag 2014, p. 43.)

39 Onderwijsraad 2015b, p. 25. Onder ‘lokale onderwijsvisies’ verstaat de Onderwijsraad de visie op het onderwijs zoals dat op decentraal niveau, op het niveau van de organisatorische eenheid wordt geformuleerd door leraren en docenten zelf.

opgesteld door de sector zelf en niet door de overheid.⁴⁰ Het Zorginstituut geeft aan zorgverzekeraars, aan zorgaanbieders en aan burgers voorlichting over de aard, inhoud en omvang van de verzekerde zorgprestaties, maar de bijbehorende professionele standaard wordt op voordracht van organisaties van cliënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars opgenomen in een landelijk register (artikel 65 en artikel 66b Zorgverzekeringswet).

4.3 *Zorgplicht goed onderwijs*

4.3.1 *Inleiding*

In deze paragraaf wordt de zorgplicht goed onderwijs besproken. De zorgplicht goed onderwijs bestaat uit een algemene zorgplicht goed onderwijs en is uitgewerkt in diverse fijnmaziger zorgplichten.

De diverse zorgplichtbepalingen voor goed onderwijs staan de afgelopen jaren hernieuwd onder de aandacht. Die aandacht is in de eerste plaats het gevolg van de realisatie dat het niet voldoen aan een zorgplicht bekostigingssancties tot gevolg kan hebben en het effect van dit niet voldoen op de bewijspositie bij aansprakelijkstellingen wegens ‘educational malpractice’.⁴¹ De aandacht komt daarnaast ook voort uit de onrust over de (vermeende) beperking die uitgaat van landelijke kwaliteitsstandaarden op de professionele ruimte van bestuurders, schoolleiders en docenten.⁴² Meer recent blijkt verder dat de Inspectie van het Onderwijs soms behoefte heeft aan het kunnen verwijzen naar algemene zorgplichtbepalingen als wettelijke grondslag voor onderzoeksoordelen en handhaving.⁴³ Dit legt de nadruk op het vangnetkarakter van deze bepalingen.

In paragraaf 4.3.2 wordt de in de Wpo en de Wvo opgenomen algemene zorgplicht goed onderwijs besproken. Hierbij wordt tevens ingegaan op de introductie van enkele specifieke

40 Kwaliteitswet zorg (Stb. 2013, nr. 578).

41 Barkhuysen & Claessens 2014 en Nolen 2014. Zie eerder ook Pajmians 2013.

42 Kneyber & Evers 2013b.

43 Timmer 2011, p. 176-177: “We hadden het toezichtskader gemaakt, het was helemaal klaar. Toen heeft de inspectie aan mij gevraagd of ik de wettelijke voorschriften er bij kon bedenken. (...) Die zijn er eerlijk gezegd later bij verzonnen. En omdat de meeste voorschriften open normen zijn (...) hebben we wel wat ruimte. (...) Als puntje bij paaltje komt, willen we echter wel kijken of er wettelijke voorschriften onder geschoven kunnen worden. Dan hebben we als eerste altijd artikel 10 WPO: het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs.” Zie ook Inspectie van het Onderwijs, *Specifiek onderzoek naar het bestuurlijk handelen op de Scholengemeenschap Bonaire, Bonaire*, 30 januari 2015, p. 8-11 waarin meermaals wordt verwezen naar artikel 47 Wet voortgezet onderwijs BES. De eerste volzin van dit artikel is gelijk aan artikel 10 1e volzin Wpo en artikel 23a 1e volzin Wvo en luidt als volgt: “Het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de school”.

zorgplichten. De zorgplicht goed onderwijs in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs komt aan bod in paragraaf 4.3.3. De keus van de onderwijswetgever om gebruik te maken van zorgplichten hangt samen met pleidooien voor de ‘sterke instelling’ en het benoemen van ‘algemene beginselen van goed onderwijs’. Deze twee pleidooien worden in paragraaf 4.3.4 besproken. Paragraaf 4.3.5 rondt af met enkele algemene opmerkingen bij het gebruik van zorgplichten voor goed onderwijs.

4.3.2 *Primair en voortgezet onderwijs: zorgplicht goed onderwijs*

A. Algemene zorg kwaliteit van het onderwijs

De Wpo en de Wvo bevatten geen heel duidelijke algemene zorgplicht goed onderwijs. Wel treffen we in de eerste volzin van artikel 10 Wpo en artikel 23a Wvo de bepaling aan dat zorg gedragen moet worden voor de kwaliteit van het onderwijs: “Het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de school”.

Deze zorgplicht goed onderwijs legt in zijn opzet de verhouding vast tussen de zorg van de overheid voor het onderwijs en de zorg van onderwijsorganisaties en hun bestuurders om in dat onderwijs te voorzien. De onderwijswetgever noemt deze taak of zorg ook wel “wettelijke opdrachten voor het onderwijs” (artikel 10 Wpo en artikel 23a Wvo, 2^e volzin). De zorg voor de kwaliteit van het onderwijs trad in 1998 in werking met de Kwaliteitswet onderwijs.⁴⁴ De keuze van de onderwijswetgever om deze zorgplicht vast te leggen kwam voort uit de in de nota ‘Meer over management’ en de nota ‘De school op weg naar 2000’ geformuleerde visie op de verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties en de in de jaren negentig ingezette verzelfstandiging van het openbaar onderwijs.⁴⁵ De voorkeur van het kabinet voor een algemene zorgplicht lag in de wens om in de tijd ruimte te geven aan een ontwikkeling van de te gelden zorgvuldigheidsnorm.⁴⁶

In 1993 en 1994 waren over de gewenste verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties in het zogeheten Schevenings Beraad ook gezamenlijke richtinggevende uitspraken gedaan. Dit Schevenings Beraad volgde op voornoemde nota’s. De eerste gezamenlijk richtinggevende uitspraak van dit Schevenings Beraad was dan ook de volgende: “1.1 De school is, binnen het raamwerk van de in de wetgeving bepaalde eisen van deugdelijkheid, verantwoordelijk voor de kwaliteit van haar onderwijs.”⁴⁷ Deze volzin is woordelijk volledig

44 Wet invoering van het schoolplan, de schoolgids en het klachtrecht (Stb. 1998, 398; dossier 25459).

45 *Meer over management* 1985 en *De school op weg* 1988.

46 Onderwijsraad 1996, p. 3-4, *Kamerstukken II* 1994/95, 24248, nr. 2 (Nota ‘Kwaliteitszorg in primair en voortgezet onderwijs: De school als lerende organisatie’), p. 7-11.

47 Schevenings Beraad 1993, p. 19 en p. 55.

gelijk aan de eerste volzin in de memorie van toelichting bij de Kwaliteitswet onderwijs.⁴⁸ De wettelijke zorg voor de kwaliteit van het onderwijs bevestigde daarmee de gezamenlijke richtinggevende uitspraak 1.1 van het Schevenings Beraad. De formulering bevestigt daarnaast de taakafbakening tussen overheid en onderwijsorganisaties en de relatie tussen de voorschriften schoolplan, schoolgids en klachtenregeling enerzijds en de autonomie van onderwijsorganisaties anderzijds. De toelichting destijds lijkt daar ook van te getuigen.⁴⁹

B. Zorgplicht kwaliteitsbeleid

De tweede volzin van artikel 10 Wpo en artikel 23a Wvo verplicht onderwijsorganisaties tot het betrachten van zorg voor het personeelsbeleid en het vaststellen en uitvoeren van een schoolplan. Bezieet men deze specifieke zorgplichten uit 1998 in samenhang dan zou men kunnen stellen dat zij vooral oproepen tot het vaststellen van een kwaliteitsbeleid.⁵⁰ De onderwijswetgever volgde ook nu de in het kader van het Schevenings Beraad gedane richtinggevende uitspraken. Op basis van de onderlinge verdeling van verantwoordelijkheden meenden de betrokkenen bij het Schevenings Beraad te kunnen volstaan met de volgende twee richtinggevende uitspraken:

“1.2 De school voert een actief beleid van kwaliteitszorg. Zij kiest methoden en instrumenten en stelt vast welke resultaten worden geboekt en welke bijstellingen nodig zijn. De kwaliteitszorg is gericht op processen binnen de school en op bijdragen van het team en van de ouders daaraan. Scholen kunnen besluiten tot onderlinge kwaliteitstoetsing. Scholen kunnen in onderlinge samenwerking komen tot de ontwikkeling van kwaliteitsindicatoren voor hun eigen kwaliteitszorg. Van overheidswege zullen hiervoor de condities worden geschapen.

1.3 Scholen leggen verantwoording af over de kwaliteit van hun onderwijs aan de ouders en verzorgers, en voor wat de wettelijke deugdelijkheidseisen betreft aan de overheid. Deze informatie is publiek toegankelijk.”⁵¹

48 *Kamerstukken II* 1996/97, 25459, nr. 3, p. 1: “Het bevoegd gezag is binnen het raamwerk van de wettelijk bepaalde eisen van deugdelijkheid verantwoordelijk voor de kwaliteit van het onderwijs op schoolniveau. Aan deze verantwoordelijkheid wordt nu opnieuw gestalte gegeven op grond van beleid dat is ingezet voor nieuwe bestuurlijke verhoudingen in het onderwijs.”

49 *Kamerstukken II* 1997/98, 25459, nr. 5, p. 4: “De vormvoorschriften voor het schoolplan, de schoolgids en de klachtenregeling passen in het streven tot de vergroting van de autonomie van de instellingen. Meer autonomie vereist een andere wijze van verantwoording; de verantwoording in de richting van de rijksoverheid wordt globaler en er komt een sterker accent te liggen op de actieve, dynamische dialoog met de direct betrokkenen.”

50 Dat is ook de visie van de opstellers van het initiatiefwetsvoorstel Doeltreffender regeling van het onderwijs-toezicht. Zij verdelen de zorg voor het kwaliteitsbeleid onder in een zorg voor het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het stelsel van kwaliteitszorg.

51 Schevenings Beraad 1993, p. 19.

De beide uitspraken zijn te herleiden tot de opmerking van betrokkenen dat uit de “grondwettelijke zorgplicht van de overheid ten aanzien van het onderwijs” voortvloeide dat “interne kwaliteitszorg voor scholen primair een verantwoordelijkheid voor de scholen zelf [is, MN]. Ten aanzien daarvan volstaat de wetgever met het vastleggen van de taakopdracht voor scholen”.⁵²

De zorgplicht kwaliteitsbeleid kreeg invulling door specifieke zorgplichten zoals het vaststellen van het schoolplan, een schoolgids en een klachtenregeling. Die documenten werden door de onderwijswetgever gezien als belangrijke instrumenten voor een beleid dat het bevoegd gezag (en de schoolleiding) ertoe moest aanzetten om te komen tot een planmatige aanpak van de borging en verbetering van de onderwijskwaliteit en tot het afleggen van verantwoording over de bereikte resultaten aan ouders en andere belanghebbenden. Deze instrumenten waren eerder besproken met de onderwijskoepelorganisaties en hadden breed draagvlak.⁵³

De Onderwijsraad was in 1996 nog vrij kritisch over het conceptwetsvoorstel Kwaliteitswet onderwijs. Allereerst meende de Onderwijsraad dat het bepalen van de kwaliteitsdoelen op schoolniveau tot de verantwoordelijkheid van de school behoorde. Om die reden vond de Onderwijsraad dat het bevoegd gezag zelf verantwoordelijk was voor de keuze van instrumenten en procedures. De verplichtingen die het wetsvoorstel aan de school oplegde bij het zichtbaar maken van die keuzes zou de grenzen van de eigen verantwoordelijkheid van de school overschrijden.⁵⁴ Een tweede punt van kritiek van de Onderwijsraad zag op de keuze voor het algemene begrip kwaliteit. Die zou zowel onderwijsorganisaties als de Inspectie van het Onderwijs te weinig houvast bieden. Volgens de Onderwijsraad zou dit gebrek aan houvast de Inspectie van het Onderwijs bijkans dwingen om steeds eigen analyses te maken van de reikwijdte van de diverse zorgplichten.⁵⁵ De overheid diende de interne kwaliteitszorg dan ook volgens de Onderwijsraad terughoudender te stimuleren.⁵⁶

Het kabinet kwam in het definitieve wetsvoorstel deels tegemoet aan deze twee kritiekpunten. In de memorie van toelichting bij de bewuste bepaling werd opgemerkt dat de zorgplicht goed onderwijs in beginsel niet op zichzelf zou worden beoordeeld omdat de algemene zorgplicht direct was gekoppeld aan het wettelijk voorschrift om de schoolgids en het schoolplan te gebruiken als instrumenten van kwaliteitsbeleid.

52 Schevenings Beraad 1993, p. 55.

53 *Kamerstukken II* 1994/95, 24248, nr. 2 (Nota ‘Kwaliteitszorg in primair en voortgezet onderwijs: De school als lerende organisatie’).

54 Onderwijsraad 1996, p. 3.

55 Onderwijsraad 1996, p. 3-4.

56 Onderwijsraad 1996, p. 2.

“De verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het onderwijs op de school berust bij het bevoegd gezag. Het bevoegd gezag dient derhalve ten behoeve van de kwaliteit van het onderwijs beleid te formuleren, de verantwoordelijkheid te nemen voor het realiseren van dit beleid en hierover verantwoording af te leggen. Het schoolplan is het document waarin deze verantwoordelijkheid tot uitdrukking komt. De zorg van het bevoegd gezag voor de kwaliteit is daarom in dit wetsvoorstel gekoppeld aan de uitvoering van het schoolplan.”⁵⁷

Een derde punt van kritiek van de Onderwijsraad zag op het maken van een onderscheid tussen de zorg voor het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het kwaliteitsbeleid. De Onderwijsraad meende dat dit onderscheid kunstmatig was omdat de wetgever het kwaliteitsbeleid geheel in samenhang met het onderwijskundig beleid en personeelsbeleid behoorde te formuleren.⁵⁸ Het kabinet nam ook dit derde kritiekpunt ter harte. In het definitieve wetsvoorstel werd de zorgplicht goed onderwijs algemeen gehouden. Wel werd in een nader procesvoorschrift bepaald dat in het jaarlijks vast te stellen schoolplan aandacht moest worden besteed aan het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het kwaliteitsbeleid (artikel 12 Wpo en artikel 24 Wvo).⁵⁹ In 2012 kwam het personeelsbeleid alsnog expliciet onder de reikwijdte van de zorgplicht goed onderwijs. Hierdoor valt niet alleen het uitvoeren van het in het schoolplan beschreven beleid onder de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs maar ook “de zorg voor het personeelsbeleid, voor zover het betreft de duurzame borging van de kwaliteit van het onderwijspersoneel”.⁶⁰

C. Specifieke zorgplichten goed onderwijs

Beziet men de Wpo en de Wvo meer in detail, dan valt op dat sprake is van een uitwerking van de zorgplicht goed onderwijs in meerdere specifieke zorgplichten. Geconstateerd kan worden dat ter uitwerking van de algemene zorg voor de kwaliteit van het onderwijs en de wettelijke zorgplicht kwaliteitsbeleid sprake is van meerdere specifieke zorgplichten binnen de volgende categorieën:

- zorg voor het geven van onderwijs;
- zorg voor de inhoud en inrichting van het onderwijs;
- zorg voor de in elk geval te betrachten uitgangspunten van het onderwijs;
- sociaal-maatschappelijke zorgplichten;
- zorg voor de toegankelijkheid; en,
- zorg voor de omgang met betrokkenen.

57 *Kamerstukken II 1996/97, 25459, nr. 3, p. 1, p. 10.*

58 *Kamerstukken II 1996/97, 25459, nr. 3, p. 1, p. 5.*

59 Dit kritiekpunt lijkt thans minde opgeld te doen nu algemeen aanvaard is dat het onderwijskundig beleid en het personeelsbeleid elementen zijn van kwaliteitsbeleid in brede zin.

60 Wet geïntegreerd toezicht Inspectie van het Onderwijs (Stb. 2012, 118; dossier 32183).

Concrete voorbeelden van specifieke zorgplichten goed onderwijs zijn de zorgplicht ononderbroken ontwikkelingsproces (artikel 8 lid 1 Wpo), de zorgplicht onderwijs voor zieke leerlingen (artikel 8 lid 8 en artikel 9a Wpo; artikel 6b Wvo) of de zorgplicht om het onderwijs zodanig in te richten dat daarbij op structurele en herkenbare wijze aandacht wordt besteed aan het bestrijden van achterstanden, in het bijzonder in de beheersing van de Nederlandse taal (artikel 8 lid 9 Wpo; artikel 6c Wvo).

De specifieke zorgplichten goed onderwijs hebben met elkaar gemeen dat zij doorgaans “essentiële normen geven voor de inrichting van het (...) onderwijs, die door middel van wetgeving moeten worden opgelegd”.⁶¹ De vraag is natuurlijk wanneer en waarom een norm zo essentieel is dat deze door middel van wetgeving moet worden opgelegd. Veel normen zijn vooral een nadere invulling of specificatie van een al bestaande wettelijke norm. Zo hebben onderwijsorganisaties als gevolg van de antipestwet met ingang van 1 augustus 2015 ook een zorgplicht veiligheid op school (artikel 4c Wpo en artikel 3b Wvo).⁶² In het debat voorafgaand aan deze wet is er door Zoontjens, Huisman en Nolen op gewezen dat een dergelijke specificatie onnodig was omdat zij reeds volgde uit de algemene zorgplicht van onderwijsorganisaties en de Inspectie van het Onderwijs de sociale veiligheid al beoordeelde.⁶³ Andere specifieke normen hebben te maken met een wijziging in uitleg en reikwijdte. Een voorbeeld daarvan is de zorgplicht ononderbroken ontwikkelingsproces (artikel 8 lid 1 Wpo). Bij de invoering van deze zorgplicht in 1985 zag zij vooral op het aansluiten van het onderwijs bij de verworvenheden van het kleuter-onderwijs dat uitging van kindgerichte spelleerplannen. Die verworvenheden wenste men ook in de latere jaren van de basisschool te behouden.⁶⁴ Inmiddels wordt deze zorgplicht echter, deels als gevolg van de latere introductie specifieke zorgplicht passend onderwijs, uitgelegd als een bepaling die een waarborg moet vormen voor de ononderbroken ontwikkeling van individuele leerlingen.⁶⁵ De interpretatie van deze specifieke norm lijkt hierdoor langzaam te verschuiven naar een verplichting om het onderwijsprogramma zo in te richten dat leerlingen een individuele aanspraak hebben op onderwijs dat aansluit op hun persoonlijke ontwikkeling en individuele kenmerken.

D. Minimale leerresultaten als wettelijke ondergrens

Kenmerk van zorgplichtbepalingen is dat zij open normen inhouden. De onderwijswet- en regelgeving geeft dan ook doorgaans niet aan wanneer in elk geval wel aan de zorgplicht wordt voldaan. Een uitzondering op deze regel vormt de bepaling minimumleerresultaten.

61 *Kamerstukken II* 1996/97, 254459, nr. p. 9.

62 Antipestwet (Stb. 2015, 238; dossier 34130).

63 Zij noemden de eerste voorstellen dan ook symboolwetgeving. Zie Zoontjens, Huisman & Nolen 2013.

64 *Kamerstukken II* 1979/80, 14428, nr. 12, p. 26.

65 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 13, p. 19.

Deze directe ondergrens voor goed onderwijs werd wet in 2010.⁶⁶ Het bevoegd gezag voldoet in elk geval niet aan “de wettelijke opdrachten voor het onderwijs” voortvloeiende uit de zorgplicht goed onderwijs indien de leerresultaten “ernstig of langdurig tekortschieten” (artikel 10a lid 1 Wpo en artikel 23a1 lid 1 Wvo). Er is sprake van onvoldoende leerresultaten indien (1) deze gedurende drie jaar liggen onder minimumnormering of (2) geen leerresultaten door de school kunnen worden aangetoond. Van ernstig of langdurig tekortschieten van de kwaliteit van het onderwijs is sprake “indien de inspectie (...) meedeelt dat uit het onderzoek naar de kwaliteitsverbeteringen (...) blijkt dat sprake is van onvoldoende verbeteringen dan wel dat het bevoegd gezag niet bereid is afspraken te maken over de kwaliteitsverbeteringen naar aanleiding van het onderzoek (...)” (artikel 10a lid 3 en lid 4 Wpo en artikel 23a1 lid 2 en lid 3 Wvo).⁶⁷ Het motief voor de introductie van minimumleerresultaten als ondergrens was de opvatting van het kabinet in 2010 dat open normen op zich konden worden uitgewerkt in lagere regelgeving en onderzoekskaders, maar dat alleen het niet voldoen aan de wettelijke deugdelijkheidseis tot een bestuurlijke maatregel zou kunnen leiden.⁶⁸

E. Zorgplicht goed onderwijs en Wot

De zorgplicht goed onderwijs vinden we niet alleen terug in de Wpo en de Wvo maar ook in de Wot. Op grond van artikel 11 lid 2 Wot verricht de Inspectie van het Onderwijs immers onderzoek aan de hand van drie kwaliteitsaspecten: (a) leerresultaten, (b) voortgang ontwikkeling leerlingen en (c) het gevoerde personeelsbeleid. Deze drie elementen beogen de toezichthoudende taak van de Inspectie van het Onderwijs af te bakenen door aan te sluiten bij de aanbeveling van de Parlementaire commissie Onderwijsvernieuwingen om een onderscheid te maken tussen het *hoe* en het *wat*.⁶⁹ Met ingang van 1 januari 2017 wordt artikel 11 lid 2 Wot verbreed met aandacht voor het schoolplan, de veiligheid van leerlingen op school en financile informatie als indicatoren.⁷⁰ Het uitgangspunt van de bepaling is dat pas als op basis van het onderzoek naar deze indicatoren het vermoeden bestaat dat de kwaliteit van het onderwijs tekortschiet, nader onderzoek kan worden verricht.

Overeenkomstig artikel 13 Wot heeft de Inspectie van het Onderwijs haar werkwijze neergelegd in onderzoekskaders. Hoewel de Inspectie van het Onderwijs verantwoordelijk

66 Wet goed onderwijs, goed bestuur (Stb. 2010, 80; dossier 31828).

67 Overigens valt ook nu de onzorgvuldige formulering op. In het tweede lid van de artikelen 10a Wpo en 23a1 Wvo wordt aangegeven wanneer sprake is van “onvoldoende leerresultaten als bedoeld in het eerste lid”, maar in dat eerste lid wordt niet het begrip voldoende of onvoldoende gebruikt maar wordt in plaats daarvan gesproken over “ernstig of langdurig tekortschieten”.

68 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 19-20 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 5. Zie tevens Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskaders 2013 voor PO en VO*, november 2012.

69 *Kamerstukken II* 2010/11, 32193 nr. 28 (amendement-Dijsselbloem/Dijkgraaf).

70 Stb. 2016,179.

is voor het opstellen van de onderzoekskaders, worden zij geacht het resultaat te zijn van een proces waarin consensus met het veld wordt nagestreefd over de concrete invulling van het toezicht.⁷¹ Het belang van de onderzoekskaders is groot. In onderzoekskaders zijn namelijk waarderingskaders opgenomen die de wettelijke kwaliteitsaspecten uitwerken en aanvullen. Deze waarderingskaders moeten, aldus de Inspectie van het Onderwijs, onderwijsorganisaties duidelijk maken wat de Inspectie van het Onderwijs onder kwaliteit van het onderwijs verstaat en op grond van welke criteria zij tot een oordeel en waardering komt.⁷² Op het moment dat het gegeven onderwijs niet voldoet aan deze waarderingskaders is de kans groot dat de Inspectie van het Onderwijs oordeelt dat het onderwijs zwak is, dat intensiever toezicht plaatsvindt of dat wordt geoordeeld dat de wet niet wordt nageleefd.

Opvallend aan de waarderingskaders is dat deze de wettelijke kwaliteitsaspecten niet alleen interpreteren maar ook aanvullen.⁷³ De vraag is uiteraard of deze interpretatie, uitwerking en aanvulling voldoet aan beginselen van rechtszekerheid en legaliteit en of de nadere normering voldoende proportioneel is. De opmerking van de Inspectie van het Onderwijs in 2013 dat het waarderingskader duidelijk maakt welke kwaliteitseisen als “ondergrens” gelden, getuigt in elk geval niet van terughoudendheid.⁷⁴ De kans bestaat dat als gevolg van het met de Wet doeltreffender regeling onderwijstoezicht te maken onderscheid tussen toezicht op de naleving van de wettelijke norm en het bevorderen van de kwaliteit (stimulerend toezicht) die terughoudendheid verder onder de druk komt te staan, doordat ook oordelen worden gegeven over de mogelijkheden tot verbetering.

F. Reflectie op zorgplicht goed onderwijs

Ter afsluiting van deze bespreking van de zorgplicht goed onderwijs het volgende. Een eerste conclusie is dat bij de zorgplicht goed onderwijs steeds twee vragen terugkeren: (1) wie interpreteert de inhoud van de zorgplicht en (2) wat kan de reikwijdte van die interpretatie zijn? Naarmate onderwijsorganisaties en hun bestuurders meer ruimte hebben om zelf de diverse (specifieke) zorgplichten te interpreteren en zelf de reikwijdte daarvan te bepalen, hebben zij meer autonomie. Deze twee vragen raken direct aan beginselen als rechtszekerheid en legaliteit.⁷⁵

71 *Kamerstukken II* 2010/11, 32193, nr. 14, p. 5.

72 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader 2013 VO*, Utrecht, november 2013, p. 19.

73 In het voortgezet onderwijs was in 2013 bijvoorbeeld ter uitwerking van de 3 wettelijke kwaliteitsaspecten sprake van 19 kwaliteitsaspecten onderverdeeld in 73 nadere waarderingsnormen. Zie ‘Bijlage Het waarderingskader voortgezet onderwijs’ in: Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader 2013 VO*, Utrecht, november 2013.

74 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader 2013 VO*, Utrecht, november 2013, p. 19.

75 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 1-2 en nr. 4. De destijds door de Raad van State geuite kritiek kwam sterk overeen met de eerdere kritiek van de Onderwijsraad in 1997 op de Kwaliteitswet onderwijs en de daarin opgenomen algemene zorgplicht goed onderwijs en bijbehorende procesvoorschriften. Die merkte destijds over dat wetsvoorstel op dat ten aanzien van diverse procesvoorschriften sprake was van te ver

De tweede conclusie is dat het aantal specifieke zorgplichten toeneemt. De diverse uitgangspunten voor het onderwijs worden in de loop der jaren diverser en zorgplichten worden breder en fijnmaziger. De zorgplicht sociale veiligheid uit 2015 is daarvan een goed voorbeeld. De interpretatie van de zorg voor het onderwijs gericht op een ononderbroken ontwikkelingsproces getuigt ook van een bredere reikwijdte dan oorspronkelijk voorzien. Sterker nog, in het initiatiefwetsvoorstel Doeltreffender regeling onderwijstoezicht wordt voorgesteld deze laatste zorgplicht te verruimen tot het voortgezet onderwijs.⁷⁶

Een derde conclusie is dat het initiatief voor de interpretatie van de diverse zorgplichten voor een belangrijk deel ligt bij de Inspectie van het Onderwijs. Die stelt immers vooraf het onderzoekskader en het bijbehorende waarderingskader op en heeft achteraf een bevoegdheid tot handhaving. Hierdoor ligt het primaat bij de interpretatie van de ondergrens van de kwaliteit van het onderwijs vooral bij de overheid en niet bij de onderwijssector zelf. De eerste vraag is of dit op langere termijn wel wenselijk is gelet op de gewenste professionele ruimte van docenten en bestuurders. Een tweede vraag is of deze systematiek wel voldoet aan het beginsel van adequate rechtsbescherming; degene die handhaaft, is immers ook degene die de nadere norm opstelt. De derde vraag die opkomt, is of nog wel wordt voldaan aan de eis van artikel 23 Grondwet die bepaalt dat de deugdelijkheidseisen bij wet moeten worden geregeld.

Het voorgaande bevestigt voorts dat bij de zorgplicht goed onderwijs, de zorgplicht kwaliteitsbeleid en de diverse specifieke zorgplichten steeds sprake is van een open juridische gedragsnorm. De onderliggende vraag is steeds; wat is goed onderwijs? Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Om die reden wordt de laatste jaren de blik al snel gericht op aspecten van kwaliteitszorg en cultuur. De cultuur van een onderwijsorganisatie zou voorwaardenscheppend moeten zijn. Zo definieerde het kabinet in 2014 in de nota Transitie in Toezicht een goede school als volgt:

“Een goede school is een school waar leraren onder 1) gunstige schoolcondities 2) goed onderwijs geven, zodat 3) alle leerlingen optimale opbrengsten realiseren in alle leer- en vormingsgebieden. Een goede school is goed op zowel de opbrengsten als het onderwijsproces. Een goede school wordt bovendien zodanig bestuurd en georganiseerd dat het kwaliteits-, financieel- en personeels-

gaande en/of moeilijk hanteerbare eisen en wees op de bijbehorende problematische uitvoerbaarheid. De Onderwijsraad herhaalde die kritiek in 2008 met de opmerking dat de minimumstandaarden “een objectief en absoluut karakter” moesten krijgen en in de wet moesten worden vastgelegd. Dat was volgens hem nodig met het oog op de maximale rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Zie Onderwijsraad 1996, p. 10 en Onderwijsraad 2009, p. 17.

76 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 13, p. 19.

beleid in dienst staan van behoud en verbetering van de kwaliteit van het onderwijs. Een goede school heeft voor de buitenwereld een herkenbaar profiel. Een goede school is dus een school die zichzelf voortdurend blijft ontwikkelen. Hierbij gaat het niet alleen om verbetering op kwaliteitsgebieden waar de inspectie naar kijkt, maar ook het realiseren van andere, eigen ambities. waaraan een goede instelling moet voldoen.”⁷⁷

Deze definitie geeft aan dat bij de beoordeling van de vraag of wordt voldaan aan de zorgplicht goed onderwijs al snel de nadruk komt te liggen op de vervulling van randvoorwaarden en procesvoorschriften. Sommige van deze randvoorwaarden en procesvoorschriften zijn uitgewerkt in meer specifieke zorgplichten goed onderwijs. Andere randvoorwaarden en procesvoorschriften zien we soms terug bij de zorgplicht goed bestuur, de zorgplicht goed beheer en/of de zorgplicht medezeggenschap. Nadeel daarvan kan zijn dat de randvoorwaarden en niet de kwaliteit van het onderwijs centraal komen te staan

4.3.3 *Middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs: specifieke zorgplichten goed onderwijs*

A. Indirecte zorgplicht goed onderwijs

Ook in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs treffen we zorgplichten goed onderwijs aan. Een algemene zorgplicht goed onderwijs ontbreekt. Wel bepalen de artikelen 1.3.1 lid 1, 1.3.2a lid 1, 1.3.3 lid 1 Web sinds 1996 dat alleen roc's, vakinstellingen en aoc's beroepsopleidingen kunnen verzorgen. Deze artikelen bevestigen dat in het middelbaar beroepsonderwijs het verzorgen van beroepsopleidingen de autonome verantwoordelijkheid is van onderwijsorganisaties; en daarmee niet die van de overheid.⁷⁸ Artikel 1.3 Whw gaat uit van een vergelijkbare systematiek en benoemt het uitgangspunt dat universiteiten gericht zijn op het verzorgen van wetenschappelijk onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en dat hogescholen zijn gericht op het verzorgen van hoger beroepsonderwijs. Het verzorgen van onderwijs werd aangemerkt als het eigen werk- en beleidsterrein van betrokken onderwijsorganisaties en op dat beleidsterrein wenste de overheid ook expliciet terug te treden.⁷⁹ Dat deed de overheid zowel bij de openbare als de bijzondere instellingen.

⁷⁷ *Transitie in toezicht* 2014, p. 8.

⁷⁸ De betreffende bepalingen hadden daarnaast ook als doel om schaalvergroting te bereiken door middel van roc-vorming. Het is vooral dat oogmerk dat in de wetsgeschiedenis aan bod komt. Zie o.a. *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 48-50 en p. 125-126.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 23, p. 34 en p. 110.

Uit deze wettelijke bevestiging van de rolverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties volgt indirect een zorgplicht goed onderwijs. Minister Deetman beschreef die bestuurlijke verhoudingen in de nota HOAK.⁸⁰ Over de verantwoordelijkheid van onderwijsorganisaties merkte hij het volgende op:

“Bij een veranderende opvatting over de rol van de overheid in de samenleving verdient ook de verdeling van verantwoordelijkheden van instellingen voor hoger onderwijs en overheid nadere beschouwing. De verantwoordelijkheid van de instellingen bestaat primair uit het op hoog kwalitatief niveau uitvoeren van de in de wet neergelegde taakstelling. In de uitvoering van deze taken dienen de instellingen autonoom te zijn.”⁸¹

B. Zorgplicht kwaliteitszorg

In aanvulling op de indirecte zorgplicht goed onderwijs treffen we in de Web en de Whw de verplichting aan voor het bevoegd gezag om zorg te dragen voor een stelsel van kwaliteitszorg. Deze zorgplicht kwaliteitszorg werd in 1993 een wettelijke deugdelijkheidseis voor het hoger onderwijs (artikel 1.18 Whw) en geldt vanaf 1996 zowel naar structuur als naar inhoud ook voor het middelbaar beroepsonderwijs (artikel 1.3.6 Web).⁸²

Artikel 1.3.6 lid 1 Web

Het bevoegd gezag richt een stelsel van kwaliteitszorg voor de instelling in en draagt er in dat verband zorg voor dat, zo veel mogelijk in samenwerking met andere instellingen, wordt voorzien in een regelmatige beoordeling van de kwaliteit van het onderwijs, waaronder maatregelen en instrumenten om te waarborgen dat het personeel zijn bekwaamheid onderhoudt. Het bevoegd gezag draagt er zorg voor dat de in de eerste volzin bedoelde beoordeling geschiedt met betrokkenheid van onafhankelijke deskundigen en belanghebbenden. De uitkomsten van de beoordeling zijn openbaar.

Artikel 1.18 lid 1 Whw

Het instellingsbestuur van een in artikel 1.2, onder a, b en d, bedoelde instelling draagt er zorg voor dat, zoveel mogelijk in samenwerking met andere instellingen, wordt voorzien in een regelmatige beoordeling, mede door onafhankelijke deskundigen, van de kwaliteit van de werkzaamheden van de instelling. De beoordeling bij instellingen voor hoger onderwijs geschiedt mede aan de hand

80 *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 1-2; Mertens 2001.

81 HOAK 1986, p. 17.

82 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 124.

van het oordeel van studenten over de kwaliteit van het onderwijs van de instelling. Voor zover die beoordeling mede geschiedt door onafhankelijke deskundigen, zijn de uitkomsten daarvan openbaar. Indien het instellingsbestuur van een instelling voor hoger onderwijs gebruik maakt van de mogelijkheid, bedoeld in artikel 5a.13a, vindt de beoordeling ten minste plaats op basis van het deel van het accreditatiekader voor deinstellingstoets kwaliteitszorg en de aspecten van kwaliteit, bedoeld in artikel 5a.13b, tweede lid.

Louw noemt de zorgplicht kwaliteitszorg als bedoeld in artikel 1.18 Whw een zorgplicht *avant la lettre*.⁸³ Beide zorgplichten kwaliteitszorg sluiten aan bij het uitgangspunt dat onderwijsorganisaties binnen de wettelijke randvoorwaarden autonoom zijn en zelf verantwoordelijkheid dragen voor de ontwikkeling van opleidingen.⁸⁴ In de toelichting bij de zorgplicht kwaliteitszorg in de Web werd dit uitdrukkelijk bevestigd en werd aangegeven dat de zorgplicht kwaliteitszorg de verhouding tussen de onderscheiden verantwoordelijkheid van de overheid en de meer zelfstandige instellingen markeert.⁸⁵ Wat onder kwaliteit moest worden volstaan werd door het kabinet afhankelijk gesteld van de ontwikkeling van kwaliteit en kwaliteitszorg in maatschappelijke sectoren buiten het (reguliere) onderwijs en de ontwikkeling van internationale normen voor kwaliteit en kwaliteitszorg.⁸⁶ De interpretatie van de reikwijdte van beide zorgplichten werd daarmee overgelaten aan de onderwijssector. In zowel artikel 1.3.6 Web als artikel 1.18 Whw vinden we dit terug in de overweging dat de beoordeling van de kwaliteit “zo veel mogelijk in samenwerking met andere instellingen” geschiedt. Die overweging vindt zijn oorsprong in het oorspronkelijke visitatiestelsel dat voor het hoger onderwijs werd doorontwikkeld tot het in 2002 ingevoerde accreditatiestelsel.⁸⁷

C. Specifieke zorgplichten goed onderwijs

In aanvulling op de indirecte zorgplicht goed onderwijs en de zorgplicht kwaliteitszorg is in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs ook sprake van meerdere specifieke zorgplichten. Naast specifieke zorgplichten betreffende de inrichting van het onderwijs kan gewezen worden op de specifieke zorgplichten personeelsbeleid, studeerbaarheid en arbeidsmarktperspectief.

83 Louw 2011, p. 77.

84 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 3. Er werd oorspronkelijk een stelsel van kwaliteitsbewaking ontwikkeld waarbij de overheid achteraf kon ingrijpen bij gebleken disfunctioneren. Met de invoering van het accreditatiestelsel en de toets nieuwe opleiding is dit ingrijpen naar voren gehaald.

85 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 89.

86 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 89-90.

87 *Kamerstukken II* 1990/91, 21073, nr. 16, p. 42 en Wet invoering accreditatie in het hoger onderwijs (Stb. 2002, 302).

De specifieke zorgplicht goed personeelsbeleid vinden we terug in artikel 1.3.6a Web. Dit artikel bepaalt dat “het bevoegd gezag [zorg] draagt voor het personeelsbeleid, voor zover het betreft de duurzame borging van de kwaliteit van het onderwijspersoneel”.⁸⁸ Artikel 4.2 lid 1 Whw bepaalt voor het hoger onderwijs dat het instellingsbestuur het personeelsbeleid bepaalt en het personeelsbeheer voert en dat het instellingsbestuur daarbij “de eisen van zorgvuldigheid in acht” neemt. De zorgplicht studeerbaarheid (artikel 7.2.7 lid 1 Web en artikel 7.4 lid 2 Whw), de zorgplicht arbeidsmarktperspectief (artikel 6.1.3 lid 1 Web) en de verplichting om ervoor zorg te dragen dat de beroepsopleiding aantoonbaar gericht is op en van belang is voor de specifieke bedrijfstak of groep van bedrijfstakken waarvoor de instelling opleidingen verzorgt voor de bedrijfstak (artikel 6.1.3 lid 2 Web) zijn nog specifiek. De beide zorgplichten studeerbaarheid hebben met elkaar gemeen dat zij van oorsprong vooral de positie van de student beoogden te beschermen.⁸⁹ De zorgplicht arbeidsmarktperspectief en de zorgplicht belang van de opleiding (artikel 6.1.3 Web) zijn van recentere datum en beogen de macrodoelmatigheid van het beroepsonderwijs en de aansluiting tot de arbeidsmarkt te versterken.⁹⁰

D. Zorgplicht goed onderwijs en extern toezicht

De indirecte zorgplicht goed onderwijs is door de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO uitgewerkt in onderzoeks-, waarderings- en beoordelingskaders.

De systematiek van deze uitwerking is in het middelbaar beroepsonderwijs op hoofdlijnen gelijk aan die in het funderend onderwijs. Bij de beoordeling door de Inspectie van het Onderwijs van de in artikel 11 Wot bedoelde kwaliteitsaspecten maakt de Inspectie van het Onderwijs overeenkomstig artikel 15 Wot gebruik van een onderzoeks- en waarderingskader. Deze wettelijke kwaliteitsaspecten zijn uitgewerkt door de wettelijke deugdelijkheidseisen te interpreteren en aan te vullen om zo aan te geven “welke onderwerpen wij in onze beoordeling betrekken, en de normen die wij hanteren om tot een oordeel te komen”.⁹¹

In het hoger onderwijs is sprake van een gecombineerd stelsel uitgaande van verlening van accreditaties door de NVAO en bestuurlijk en financieel toezicht door de Inspectie

88 De bepaling is het resultaat van het hiervoor in paragraaf 4.3.2 besproken amendement van Dijsselbloem en Dijkgraaf bij de Wet geïntegreerd toezicht Inspectie van het Onderwijs uit 2012. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32193, nr. 15, p. 2.

89 *Kamerstukken II* 1992/93, 22966, nr. 3, p. 18. De achtergrond van de zorgplicht studeerbaarheid ligt in de zogeheten invoering van de Tempobeurs in 1994. Deze Tempobeurs had tot gevolg dat de studievoortgang per jaar bepalend werd voor het recht op studiefinanciering als gevolg waarvan studenten behoefte hadden aan een extra waarborg dat instellingen hun onderwijsprogramma zodanig inrichten dat zij in redelijkheid in staat worden gesteld om aan de temponorm te voldoen.

90 Wet macrodoelmatigheid in het beroepsonderwijs (Stb. 2015, 56; dossier 33948).

91 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader BVE 2012*, Utrecht, januari 2012, p. 17.

van het Onderwijs.⁹² Het accreditatiestelsel geldt sinds 2002 en richt zich op de kwaliteit van het onderwijs.⁹³ Bij de beoordeling maakt de NVAO gebruik van gezamenlijke panels (visitatiepanels) en door de NVAO vast te stellen beoordelingskaders (artikel 5a.2a Whw).⁹⁴ De hierin opgenomen aspecten van beoordeling zijn terug te voeren op meerdere in de Whw benoemde beoordelingscriteria (artikelen 5a.8, 5a.10a en 5a.13a Whw) maar zijn daaraan niet geheel gelijk en vullen deze soms aan. Als gevolg ligt ook in de sector hoger onderwijs het primaat voor de uitwerking van de wettelijke kwaliteitseisen niet bij onderwijsorganisaties, bestuurders of docenten maar bij de overheid. Dat roept ook nu de vraag op of deze uitwerking voldoet aan de beginselen van rechtszekerheid, legaliteit en proportionaliteit; en daarmee met het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel.⁹⁵

4.3.4 *Opmerkingen bij de zorgplicht goed onderwijs*

A. Wie interpreteert de zorgplicht goed onderwijs en stelt de reikwijdte vast?

Het voorgaande bevestigt dat er steeds ruimte is voor discussies over de interpretatie van wettelijke kwaliteitsnormen. Dit volgt uit de aard van het onderwijs en wordt bevestigd in de literatuur.⁹⁶ Het bestaan van verschillen van inzicht in de mogelijke interpretatie van zorgplichten en het besef dat die verschillen van inzicht kunnen leiden tot omvangrijke bekostigingssancties, komt vooral achteraf naar voren op het moment van handhaving door de Inspectie van het Onderwijs of de NVAO. De onderliggende systeemvraag is wie het recht heeft om het voortouw te nemen bij de interpretatie van een zorgplicht. Is dat de overheid, behoort dit tot het eigenaarschap van docenten, directeuren, bestuurders en onderwijsorganisaties of hebben ook ouders, leerlingen en studenten hierop invloed?

De Onderwijsraad wees er in 2008 op dat de Inspectie van het Onderwijs het voortouw had genomen bij de uitwerking van de diverse relatieve normen, referenties en standaarden.⁹⁷ Die constatering geldt sinds 2011 ook voor de NVAO.⁹⁸ Dit was oorspronkelijk niet

92 De Inspectie van het Onderwijs heeft in het hoger onderwijs voor wat betreft de kwaliteit van het onderwijs een beperkte toezichthoudende rol. Zij houdt toezicht op het functioneren van het accreditatiestelsel en verricht alleen bij ernstige signalen incidenteel onderzoek naar de kwaliteit van een opleiding of het functioneren van het interne kwaliteitszorgsysteem. Dit is verder uitgewerkt in een tweetal toezichtkaders: Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader Hoger Onderwijs*, Utrecht, september 2014 en Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader Accreditatiestelsel Hoger Onderwijs*, Utrecht, september 2014

93 Wet accreditatie hoger onderwijs (Stb. 2002, 302; dossier 27920).

94 NVAO, Beoordelingskaders accreditatiestelsel hoger onderwijs Nederland, Den Haag, 19 december 2014.

95 Deze kritiek geldt ook voor de werkzaamheden van de Reviewcommissie Hoger Onderwijs en Onderzoek. Zie Zoonjens 2014, p. 64-67.

96 Barkhuysen & Claessens 2014. Zie ook Radersma & Van der Weijden 2013 en Hoofdinspecteur van het Onderwijs, *Hoofdinspecteur Vogelzang over veranderend toezicht*, 5 maart 2014, www.onderwijsinspectie.nl.

97 Onderwijsraad 2009, p. 18.

98 Wet aanpassing accreditatiestelsel hoger onderwijs (Stb. 2010, 293; dossier 32210).

de bedoeling. Bij de totstandkoming van het Schevenings Beraad in 1993 en 1994 was niet beoogd om aan de overheid de bevoegdheid toe te kennen de diverse zorgplichten te interpreteren en op basis daarvan handhavend op te treden.⁹⁹ In de nota 'De school als lerende organisatie' uit 1995 gingen kabinet en Inspectie van het Onderwijs er nog van uit dat de onderwijsorganisaties zelf, al dan niet met elkaar, invulling zouden geven aan de zorgplicht goed onderwijs.¹⁰⁰ In het hoger onderwijs was onderlinge visitatie het oorspronkelijke vertrekpunt.

Door de toekenning van beoordelende en waarderende taken en handhavende bevoegdheden aan de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO ligt het zwaartepunt van de interpretatie van de diverse zorgplichten thans bij de overheid. De uitdijende onderzoekskaders en het toenemend aantal kwaliteitsaspecten, waarderingskaders en beoordelingscriteria bevestigen dat beeld.

Een potentieel neveneffect hiervan is dat het de mogelijkheid beperkt voor onderwijsorganisaties, bestuurders en docenten om zelf te komen tot een ontwikkeling van onderop. Aan dat ontwikkelpad lijkt echter wel behoefte te bestaan gelet op de aandacht voor de professionele ruimte van docenten en de behoefte aan bestuurskracht. Ook in andere maatschappelijke sectoren is het gebruikelijk dat het kwaliteitsniveau van onderop wordt vastgesteld.¹⁰¹

B. Gelijkwaardigheid onderlinge verhoudingen

Het gegeven dat het zwaartepunt van de interpretatie berust bij de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO tast de gelijkwaardigheid in de verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties aan. De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO leggen beide hun beoordelingen over de kwaliteit van het onderwijs vast in openbare onderzoeksrapporten. Een onderwijsorganisatie kan tegen die oordelen echter alleen bij het opleggen van een bekostigingssanctie of bestuurlijke maatregelen bezwaar en beroep aantekenen. Maar dan heeft voorafgaand al openbaarmaking plaatsgevonden.¹⁰²

99 Schevenings Beraad 1993, p. 19 (Uitspraak 1.2).

100 *Kamerstukken II* 1994/95, 24248, nr. 2, p. 7-9

101 Kwaliteitswet zorg (Stb. 2013, nr. 578).

102 Rb. Den Haag 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2344, r.o. 3.14. Deze uitspraak bevestigt dat er een kleine mogelijkheid bestaat om openbaarmaking van een onderzoeksrapport te voorkomen, mits blijkt dat een onderzoeksrapport (aperte) onjuistheden bevat en/of gesteld kan worden dat het onderliggende onderzoek niet deugdelijk is uitgevoerd. De stelplicht voor het bevoegd gezag ligt, zoals bij elke voorlopige voorziening, hoog en de toets zal al snel een beperkte zijn. In alle andere gevallen is de Inspectie verplicht het onderzoek openbaar te maken, tenzij de aard of omvang van het onderzoek zich daartegen verzet (artikel op grond van artikel 21 lid 1 WOT).

Deze onevenwichtigheid maakt een inhoudelijk debat over de meest geëigende interpretatie van een (specifieke) zorgplicht niet eenvoudig. Onderwijsorganisaties en hun bestuurders hebben rekening te houden met het risico van *naming and shaming*. Hierdoor hechten onderwijsorganisaties in de praktijk al snel weinig waarde aan de terughoudende rol van het externe toezicht.¹⁰³ Toch is die terughoudendheid wel de rol die zowel de Inspectie van het Onderwijs als de NVAO aangeeft te willen vervullen. Sterker nog, de Inspectie van het Onderwijs lijkt van oordeel te zijn dat zij terughoudend is omdat zij het principe van ‘pas toe of leg uit’ hanteert.

“Als het bestuur vindt dat bepaalde indicatoren uit het waarderingskader niet volledig op zijn school van toepassing zijn, dan wordt het bestuur verzocht dit uit te leggen. De inspectie vraagt de school de bewuste afwijkingen te onderbouwen en zich te verantwoorden over het resultaat van de ambities die het bestuur en de school op dit gebied voor zichzelf hebben geformuleerd. Het ligt voor de hand dat deze keuzes en de beoogde resultaten in het schoolplan zijn beschreven en dat deze keuzes eveneens tot uitdrukking komen in de zelfevaluatie en de kwaliteitszorg van de school.”¹⁰⁴

Dit door de Inspectie van het Onderwijs gehanteerde principe keert echter de bewijslast bij de interpretatie om. Immers, de Inspectie van het Onderwijs verlangt van onderwijsorganisaties dat zij zelf bij afwijkingen van een kwaliteitsaspect de bewijslast voor die afwijkingen aandragen.¹⁰⁵ Dat is strijdig met de oorspronkelijke doelstelling van de algemene zorgplichtbepalingen voor goed onderwijs die juist beoogden te bereiken dat onderwijsorganisaties – en daarmee hun bestuurders en docenten – zelf verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van het onderwijs en dus ook zelf invulling geven aan die kwaliteitsnormering. De ruimte om die verantwoordelijkheid te nemen wordt echter weggenomen als de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO zelf als penvoerder het voortouw nemen bij de uitwerking van de wettelijke rechtsnormen en vervolgens ook tot beoordeling en zo nodig handhaving overgaan op basis van diezelfde uitwerkingen.

Deze opvatting lijkt te worden ondersteund door de indieners van het initiatiefwetsvoorstel Doeltreffender regeling van het onderwijstoezicht.¹⁰⁶ Zij wijzen erop dat bijvoorbeeld de kwaliteitsaspecten in de Wot en de onderzoekskaders meer passen bij stimulerend toezicht

¹⁰³ Radersma & Van der Weijden 2013.

¹⁰⁴ Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskader 2013 voor PO en VO*, Utrecht, november 2012, paragraaf 4.4, p. 35.

¹⁰⁵ Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskader 2013 voor PO en VO*, Utrecht, november 2012, paragraaf 4.4, p. 36.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 6 en *Kamerstukken II* 2014/15, 33682, nr. 13.

dan bij toezicht dat kan leiden tot bestuurlijke sancties.¹⁰⁷ Hun initiatiefwetsvoorstel duidt op enige kentering van het zwaartepunt van de interpretatie en een oproep aan het onderwijsveld om zelf meer verantwoordelijkheid te nemen voor de formulering van de eigen professionele standaard. Die kentering is ook elders zichtbaar. Zo richt de Onderwijscoöperatie zich op het versterken van de professionele ruimte voor docenten en leraren en worden *best practices* gedeeld. Het pleidooi van Kneyber en Evers uit 2013 dat docenten en leraren meer een voortrekkersrol moeten vervullen heeft gehoor gekregen met het wetsvoorstel Wet op het lerarenregister.¹⁰⁸ De NVAO op haar beurt experimenteert met accreditaties die meer gestoeld zijn op zelfevaluatie.¹⁰⁹

4.4 ZORGPLICHT GOED BESTUUR

4.4.1 *Inleiding*

De zorgplicht goed bestuur vormt een uitwerking van de zorgplicht goed onderwijs. In de Web en de Whw ontbreekt een algemene wettelijke zorgplicht goed bestuur. Zij wordt wel verondersteld nu beide sectorwetten de nadruk leggen op de zorgplicht goed (financieel) beheer. De Wpo en de Wvo bevatten sinds 2010 wel een wettelijke algemene zorgplichtbepaling goed bestuur.¹¹⁰

Artikel 17a lid 1 Wpo. Scheiding toezicht en bestuur

Het bevoegd gezag draagt mede in verband met de verplichting, bedoeld in artikel 10, zorg voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop en met een rechtmatig bestuur en beheer.

Artikel 24d lid 1 Wvo. Scheiding toezicht en bestuur

Het bevoegd gezag draagt mede in verband met de verplichting, bedoeld in artikel 23a, zorg voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop, en met een rechtmatig bestuur en beheer.

107 *Kamerstukken II* 2014/15, 33682, nr. 7, p. 10-11.

108 Kneyber & Evers 2013b, p. 276-284 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34458, nr. 2 (wetsvoorstel Wet lerarenregister).

109 Stuurgroep Accreditatiestelsel 3.0 2015.

110 Wet goed onderwijs, goed bestuur (Stb. 2010, 80; dossier 31828)

De zorgplicht goed bestuur is in alle sectorwetten uitgewerkt in nadere zorgplichten zoals de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht, de zorgplicht interne bestuursorganisatie en de zorgplicht medezeggenschap. Die nadere zorgplichten worden besproken in de navolgende paragrafen 4.5-4.7. In deze paragraaf wordt de vroege ontwikkeling van de zorgplicht goed bestuur beschreven (paragraaf 4.4.2), de huidige zorgplicht goed bestuur en de bijbehorende zorgplicht goed beheer (paragraaf 4.4.3), alsmede de recente ontwikkelingen op dit terrein (paragraaf 4.4.4).

4.4.2 *Ontwikkelingsgeschiedenis zorgplicht goed bestuur*

A. Vroege geschiedenis zorgplicht goed bestuur 1889 en 1968

De oorsprong van de zorgplicht goed bestuur is te vinden in de Lager onderwijswet 1889. Ter toelichting op de voorwaarde voor het bijzonder onderwijs dat een bijzondere school onder het bestuur van een rechtspersoon moest staan (artikel 54bis lid 1 Lager-onderwijswet 1889) werd opgemerkt dat dit de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs moest borgen gelet op de toezichthoudende rol van de bestuurders van de rechtspersoon.

“Door den eisch dat de school sta onder het bestuur eener vereeniging of instelling die rechtspersoonlijkheid bezit, zal een nauwlettend toezicht op de school worden gehouden door personen wier doel is, degelijk onderwijs te doen geven, aan wie het onderwijzend personeel ondergeschikt is en die voorts tegenover de ouders der kinderen verantwoordelijk zijn.”¹¹¹

Reeds uit deze toelichting blijkt dat goed bestuur werd gezien als een randvoorwaarde voor goed onderwijs. In de Mammoetwet werd de zorgplicht daadwerkelijk wettelijk vastgelegd met de volgende bepaling: “Het schoolbestuur draagt zorg voor een deskundig beheer” (artikel 49 lid 3 Wvo 1968; huidig artikel 49 lid 2 Wvo). Deze zorgplicht werd destijds ingevoegd nadat het kabinet had aangegeven dat zich in de praktijk de behoefte aan een dergelijke bepaling had doen gevoelen.¹¹² Minister Cals merkte op dat voorwaarde voor de bij het onderwijs behorende vrijheden “een steeds intensiever activiteit van onderwijs- en schoolorganisaties” was en dat van hen werd verwacht dat zij “tot een structuur zullen moeten komen, waarbij zij in staat zijn, het gehele hun toevertrouwde terrein van het

111 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 35.

112 *Kamerstukken II* 1958/59, 5350, nr. 3, p. 22.

onderwijs deskundig te overzien en té representeren.”¹¹³ Deze ‘structuurverantwoordelijkheid’ zou men aan kunnen merken als een zorgplicht goed bestuur.¹¹⁴

De zorgplicht goed bestuur geeft vanaf het vroege begin inzicht in de veronderstelde verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties. Onderwijsorganisaties geven onderwijs en de Staat borgt dat dit verantwoord geschiedt. De volgende passage in de memorie van toelichting uit 1959 bij de Mammoetwet bevestigt dit:

“vrijheid veronderstelt verantwoordelijkheid (...) hoe groter vrijheid de wetgeving laat, des te belangrijker de concretisering is der wettelijk gegeven mogelijkheden, maar ook: des te meer waarborgen er nodig zijn, dat deze concretisering op verantwoorde wijze kan geschieden”.¹¹⁵

Overwogen werd dat bij het niet voldoen aan bedoelde verplichting sprake kon zijn van bekostigingssancties en dat werd gemotiveerd “gezien de aanzienlijke door de overheid beschikbaar gestelde bedragen”.¹¹⁶ Op de vraag of en hoe de bepaling in de praktijk zou worden toegepast, op welke wijze de deskundigheid van een bestuur zou worden beoordeeld en wat de strekking van de bepaling was, antwoordde het kabinet destijds dat niet “de deskundigheid van een bestuur” zou worden beoordeeld maar “de deskundigheid van het door een bestuur gevoerde beheer”.¹¹⁷

B. Meer over management 1985

Met de nota ‘Meer over management’ uit 1985 kwam goed bestuur hernieuwd onder de aandacht.¹¹⁸ Deze nota gaf een fundamentele aanzet tot beleidsvorming betreffende het bestuur en het management in het onderwijs.¹¹⁹ Het onderwijs kreeg meer eigen verantwoordelijkheden en om die verantwoordelijkheden te kunnen dragen, achtte minister Deetman een versterking van het management wenselijk en onontkoombaar. Zijn voorkeur ging daarbij uit naar “een globaler patroon van sturing (...), waarbij detailbemoeienis zo veel mogelijk wordt vermeden”.¹²⁰ Dit veronderstelde dat “een sterk beroep wordt gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van de verschillende onderwijsinstellingen en dat de

113 *Kamerstukken II* 1958/59, 5350, nr. 3, p. 2-3.

114 Ook in de voorafgaande Tweede Onderwijsnota werd op die structuurverantwoordelijkheid gewezen. Zie *Kamerstukken II* 1954/55, 2233, nr. 4, p. 2-3.

115 *Kamerstukken II* 1958/59, 5350, nr. 3, p. 3.

116 *Kamerstukken II* 1959/60, 5350, nr. 7, p. 34 en *Kamerstukken II* 1960/61, 5350, nr. 8, p. 68.

117 *Kamerstukken II* 1960/61, 5350, nr. 13, p. 50.

118 *Meer over management* 1985.

119 Onderwijsraad 1985, p. 2.

120 *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 2, p. 9.

overheid bereid moet zijn aanvaardbare risico's te nemen bij het overlaten van beslissingen aan het veld".¹²¹

In de nota 'De school op weg naar 2000' werd een en ander uitgewerkt in voorstellen tot deregulering van het personeelsbeleid en invoering van lumpsum bekostiging.¹²² De boodschap bij deze nota was dat onderwijsorganisaties autonoom waren, dat het bestuur bestuurlijk verantwoordelijk was voor het functioneren van de school en dat over de prestaties achteraf verantwoording moest worden afgelegd.

"In een maatschappelijke omgeving die wordt gekenmerkt door snelle veranderingen en een toenemende diversificatie is het noodzakelijk dat de scholen beschikken over een eigen beleidsruimte. (...) De school voor primair en voortgezet onderwijs van de jaren negentig is in die zin autonoom. Dat wil niet zeggen dat die school zich aan geen enkele regel zal behoeven te storen of niet binnen algemeen geldende kaders zal moeten opereren: het betekent wel dat de school het merendeel van de beslissingen dat nodig is voor een optimale inzet van middelen en voor maximaal onderwijsresultaat, zelf zal kunnen nemen. De autonome school wordt, onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag, geleid door een professionele leiding, goed thuis in managementtechnieken, onderwijskundige ontwikkelingen, personeelsbeleid en financiën en materieel beheer. (...) Een autonome school met de kenmerken zoals die hier worden geschetst is in hoge mate zelf verantwoordelijk voor het eigen reilen en zeilen. Die verantwoordelijkheid voor het eigen beleid geldt uiteraard ook het beheer van de ter beschikking gestelde financiële middelen. (...) Veel minder dan thans het geval is, zal de kwaliteit van het onderwijs aan de autonome school door de centrale overheid door voorschriften vooraf worden bewaakt. Veel meer komt het zwaartepunt te liggen op toetsing achteraf opdat de overheid als financierende instantie kan vaststellen of en in welke mate er ook voor de toekomst een basis is voor voortgaande financiering."¹²³

In de jaren negentig ging vervolgens vooral de aandacht uit naar thema's als deregulering en bestedingsvrijheid,¹²⁴ lokaal onderwijsbeleid en de decentralisering van huisvesting,¹²⁵ de positie van het management¹²⁶ en de verzelfstandiging van het openbaar onderwijs.¹²⁷

121 *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 2, p. 9.

122 *School op weg* 1988.

123 *School op weg* 1988, p. 3-5.

124 Wet regelingen i.v.m. invoering FBS (Stb. 1992, 622; dossier 22467),

125 Wet decentralisatie huisvestingsvoorzieningen (Stb. 1996, 402; dossier 24455).

126 Wet invoering van het schoolplan, de schoolgids en het klachtrecht (Stb. 1998, 398; dossier 25459).

127 Wet bestuursvormen openbaar onderwijs (Stb. 1996, 580; dossier 24138).

C. Sterke instellingen 1999 en Onderwijs in stelling 2000

Het kabinet merkte vervolgens in de nota *Sterke instellingen, verantwoordelijke overheid* uit 1999 op dat “het onderwijs moet bouwen op sterke, zelfstandige instellingen, daarbij ondersteund door een overheid die een kader schept en voor structuur zorgt”.¹²⁸ De nota *Onderwijs in stelling* uit 2000 was hierop het vervolg.¹²⁹ Minister Hermans stelde in deze nota voor om naar analogie van de ‘beginselen van behoorlijk bestuur’ te komen tot ‘beginselen van behoorlijk onderwijs’. Van sterke instellingen werd verwacht dat zij zelf in staat waren financiële risico’s te beheersen, een eigen (flexibel) personeelsbeleid te voeren en een eigen competentie management te ontwikkelen. Als tegenprestatie werd van onderwijsorganisaties verlangd dat zij meer – maar ook nu achteraf – verantwoording aflegden over de inzet van publieke middelen aan ouders, leerlingen, studenten, leerkrachten en andere belanghebbenden.

De beide nota’s kregen niet direct een vervolg. Wel werden er door de koepel- en onderwijsorganisaties stappen gezet. De implementatie van *educational governance* barstte als het ware los. In navolging van het advies van de Commissie-Glasz over de raad van toezicht in het hoger beroepsonderwijs in 1998¹³⁰ en de ontwikkeling van *good governance* in andere maatschappelijke sectoren,¹³¹ bracht de Besturenraad in 2003 een rapport uit over goed bestuur in het onderwijs.¹³² In 2004 bracht de NVOR een symposiumbundel uit met als thema *Educational Governance*.¹³³ De rode draad was de wens tot verheldering van de verhoudingen tussen besturen, toezichthouders en belanghebbenden.¹³⁴ De Onderwijsraad deed in 2004 in het advies ‘Degelijk onderwijsbestuur’ vervolgens voor alle vijf de onderwijssectoren twee concrete aanbevelingen: (1) de functies bestuur en intern toezicht moesten worden gescheiden en (2) de verticale en horizontale verantwoording moest in evenwicht worden gebracht. Deze aanbevelingen richtten zich weliswaar tot de onderwijsorganisaties en hun bestuurders, maar de Onderwijsraad merkte op dat de wetgever dit proces (wettelijk) moest faciliteren.¹³⁵ In het verlengde van deze rapporten stelden Rietveld en Zoontjens uiteindelijk voor om te komen tot het vastleggen van een zorgplicht goed bestuur in de onderwijswetgeving.¹³⁶

128 *Sterke instellingen* 1999.

129 *Onderwijs in stelling* 2000, p. 21.

130 Commissie-Glasz 1998b.

131 Health Care Governance 1999.

132 Commissie-Strikwerda 2003.

133 Brekelmans, Huisman & Van der Ven 2005.

134 Brekelmans & Huisman 2005, p. 9.

135 Onderwijsraad 2004b, p. 65.

136 Rietveld & Zoontjens 2005, p. 48-49. Voorstel 1A: Het bevoegd gezag is verantwoordelijk voor rechtmatig en doelmatig beheer en bestuur van de school. Hij draagt ervoor zorg dat de uitgaven geschieden in overeenstemming met het bepaalde bij of krachtens de wet, dat de werkzaamheden ten behoeve waarvan bekostiging wordt verleend behoorlijk worden uitgevoerd en dat de bekostiging doelmatig wordt aangewend.

D. Governance in het onderwijs 20005

Met de nota ‘Governance in het onderwijs’ uit 2005 gaf minister Van der Hoeven een reactie op alle ontwikkelingen in het veld. Haar kritiek op de bestaande bestuurlijke verhoudingen en het functioneren van onderwijsorganisaties en hun bestuurders was fors.¹³⁷ Ze merkte op dat (1) de inhoudelijke betrokkenheid en inspiratie van betrokken partijen onvoldoende tot zijn recht kwam, (2) dat de afstand tussen burgers en onderwijsorganisaties te groot zou zijn, waardoor (3) maatschappelijke legitimiteit van instellingen in het geding zou zijn en (4) dat onderwijsprofessionals onvoldoende ruimte kregen van hun bestuurders. Minister Van der Hoeven zag de oplossingsrichting in verantwoording achteraf door onderwijsorganisaties en een overheid die de kaders vaststelt. Om incidentalisme te voorkomen zou de overheid zich bij incidenten steeds de vraag moeten stellen of “er een politiek relevant vraagstuk voorligt en of er vertrouwd kan worden dat de interne en externe verantwoordingsmechanismen voldoende effectief zijn”.¹³⁸ De bij die vraag behorende toets treffen we aan in het destijds door het ministerie van Binnenlandse Zaken gepropageerde beginsel van ‘verdiend vertrouwen’.¹³⁹

In de nota ‘Governance in het onderwijs’ uit 2005 werden uiteindelijk de volgende principes voor de besturing van het onderwijs geformuleerd.

- “Het bestuur van de onderwijsinstelling ondersteunt onderwijsgegenden, stimuleert hen en daagt hen uit eigen verantwoordelijkheid te nemen op hun vakgebied.
- Het bestuur is als bevoegd gezag de eerstverantwoordelijke voor de onderwijsinstelling, dus ook voor de te maken keuzen tussen de soms conflicterende belangen van de diverse spelers.
- De taken en verantwoordelijkheden van bestuur en toezicht moeten helder gescheiden zijn (met onderscheid naar po/vo en bve/ho).
- (...)
- Er moet meer aandacht komen voor de interne en externe verantwoording aan de maatschappelijke omgeving van de onderwijsinstellingen (horizontale verantwoording),

Voorstel 1B (Alternatief voorstel): De rechtspersoon die een school in stand houdt draagt zorg voor een adequaat beheer en bestuur van de school en voor een adequaat toezicht op de rechtmatige en doelmatige besteding van de voor het onderwijs op de school beschikbare middelen. Het verschil tussen beide voorstellen is dat in voorstel 1A het ‘bevoegd gezag’ in klassieke zin het aanspreekpunt is terwijl in voorstel 1B wordt aangesloten bij de rechtspersoon en het aan de instandhoudende rechtspersoon wordt overgelaten om de bestuurlijke organisatie in te richten.

137 *Kamerstukken II 2004/05*, 30183, nr. 1, p. 4 (Nota Governance in het onderwijs).

138 *Kamerstukken II 2004/05*, 30183, nr. 1, p. 7 (Nota Governance in het onderwijs).

139 *Kamerstukken II 2004/05*, 27831, nr. 15, bijlage 1, p. 18 (Ministerie van BZK, Minder last, meer effect. Zes principes van goed toezicht), Ministerie van OCW, *Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht. Visie op toezicht OCW 2007-2011*, Den Haag september 2006, p. 5 en p. 12. Zie later ook de Werkgroep publieke verantwoording (Commissie-Van Es), *Vertrouwen in verantwoording*, Ministerie van BZK: Den Haag 2008, p. 13.

waarbij deze verantwoording nooit geheel het verticale toezicht (het toezicht van het ministerie van OCW) kan vervangen.

- (...)
- De minister kan in uitzonderlijke gevallen rechtstreeks interveniëren als sluitstuk van de verantwoordelijkheid voor het stelsel.¹⁴⁰

Harmonisatie werd daarbij wenselijk geacht met het oog op het beperken van de regeldruk en de vastlegging van een algemeen geldende zorgplicht voor goed bestuur en goed onderwijs.¹⁴¹ Het vastleggen van governancebeginselen in één nieuwe wet moest ruimte bieden voor algemene bepalingen, zorgplichten en kaders als bovensectorale voorschriften. Minister Van der Hoeven meende dat de diverse sectorwetten zich eigenlijk niet goed leenden voor regelgeving over governance.¹⁴² Veel leden van de Tweede Kamer waren sceptischer en wilden liever eerst de governance bespreken; een algemene wet zou dan het sluitstuk van die discussie kunnen zijn.¹⁴³

E. Governancebrief 2008

Begin 2008 werd het voorstel aangekondigd om in de diverse sectorwetten principes voor goed bestuur op te nemen.¹⁴⁴ In de onderliggende Governancebrief werd goed bestuur als volgt omschreven.

“Goed bestuur kan in de breedste zin worden geïnterpreteerd als een opvatting over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen al diegenen die (kunnen) bijdragen aan de kwaliteit van het onderwijs. Goed bestuur gaat in die interpretatie over de rol en positie van docenten, managers, bestuurders, toezichthouders, ouders, leerlingen en studenten. In het beroepsonderwijs en hoger onderwijs is bovendien de relatie met het bedrijfsleven relevant. Goed bestuur gaat daarmee ook over de relatie tussen de minister, en namens hem de Inspectie van het onderwijs, tot de bovengenoemde partijen.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 30183, nr. 1, p. 9-10.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29546, nr. 10; *Kamerstukken II* 2004/05, 30183, nr. 1, *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 6 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 9, p. 8. Zie ook Zoontjens & Frissen 2005. Volgens hen konden algemene bepalingen “een dam opwerpen” tegen de als te groot ervaren diversificatie van de onderwijsregelgeving in sectorwetten en wat daaronder hangt (AMvB's, ministeriële regelingen, beleidsregels). Zij verwachtten dat hiervan een stabiliserend effect zou uitgaan. De invloed van nieuwe beleidsambities op regelgeving kon worden getemperd en de onderwijsregelgeving kon worden vereenvoudigd door de materie samenhangender en logischer te regelen.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 6, p. 12.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 9, p. 3-4. Zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 15, p. 6.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 30183, nr. 21. Deze uitwerking volgde op diverse nota, adviezen en rapporten de jaren daarvoor. Zie voor literatuur onder meer: Onderwijsraad 2004b; Onderwijsraad 2006b; Algemene Rekenkamer 2008; Zoontjens, Delnooz & Vermeulen 2006 en Vermeulen & Zoontjens 2006.

Goed bestuur gaat over de verhoudingen tussen de direct betrokkenen bij het proces in en rond de school en om nog preciezer te zijn: om een goed evenwicht in de bevoegdheden en rollen van deze partijen. In het debat over goed bestuur wordt dit geduid als een systeem van checks and balances, waarin zowel de betrokkenen in en rond de school als de inspectie een rol spelen. De taak van de overheid is te zorgen voor heldere condities waaronder dit systeem functioneert.¹⁴⁵

Zoontjens en Vermeulen hadden eerder in 2006 voorgesteld om voor de verschillende bestuursvormen in het openbaar primair en voortgezet onderwijs uit te gaan van drie ruimtelatende inrichtingsvoorschriften: (1) scheiding van bestuur en intern toezicht, (2) ruimte voor invoering van een raad van toezicht-model en (3) ruimte voor delegatie van taken en bevoegdheden van bestuur aan het management.¹⁴⁶ Het kabinet was hiervan weinig gecharmeerd en gaf oorspronkelijk de voorkeur aan een meer beleidsrijke benadering van de zorgplicht goed bestuur. Hieronder werden door het kabinet begrepen (1) professioneel en transparant bestuur, (2) verantwoording en maatschappelijke dialoog, (3) sterke positie voor de onderwijsprofessional en (4) een goed systeem voor kwaliteitsborging.¹⁴⁷ Die beleidsrijke benadering was ook uitgangspunt van artikel 4.2 van het wetsvoorstel WHOO uit 2006.¹⁴⁸ In de toelichting bij die bepaling in de WHOO was opgemerkt dat deze bepaling een groot deel van de bepalingen in de wetgeving voor het hoger onderwijs gericht op de bestuursstructuur overbodig moest maken.¹⁴⁹ Het voornemen bestond om in de Wpo en de Wvo een vergelijkbare zorgplicht voor goed bestuur op te nemen.¹⁵⁰ De Raad van State meende echter dat een te beleidsrijke formulering strijdig was met de vrijheid van richting en inrichting die volgens hem zouden nopen tot terughoudendheid in de regeling van de bestuurlijke inrichting van het onderwijs door de onderwijswetgever.¹⁵¹

145 *Kamerstukken II* 2007/08, 30183, nr. 21, p. 2.

146 Zoontjens, Delnooz & Vermeulen 2006 en Vermeulen & Zoontjens 2006.

147 *Kamerstukken II* 2007/08, 30183, nr. 21, p. 2.

148 *Kamerstukken II* 2005/06, 30588, nr. 1-2.

149 *Kamerstukken II* 2005/06, 30588, nr. 3.

150 Zoontjens 2008b.

151 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 6-7: "De globale weergave van de nieuwe deugdelijkheidseisen in het voorgestelde artikel 10, tweede lid, voldoet niet aan dit vereiste, omdat die te onbepaald is om te garanderen dat deze zich verdraagt met de grondwettelijke voorwaarde dat deugdelijkheidseisen niet de vrijheid van richting en inrichting aantasten."

4.4.3 *Zorgplicht goed bestuur in de huidige onderwijswetgeving*

A. Keuze voor bescheiden benadering

Regering en onderwijswetgever kozen uiteindelijk met de Wet goed onderwijs, goed bestuur in 2010 toch in artikel 17a lid 1 Wpo en artikel 24d lid 1 Wvo voor een meer bescheiden benadering. Discussie is mogelijk over de vraag of deze wettelijk beschreven “zorg voor een goed bestuurd school” een wettelijke gedragsnorm vormt. Het kabinet sprak in de toelichtingen op het wetsvoorstel en de handelingen niet langer over een ‘zorgplicht goed bestuur’, maar noemde het een ‘principe’. Het wegpoetsen van het begrip zorgplicht doet echter geen afbreuk aan het zorgplichtkarakter van de rechtsnorm, aldus ook Overes.¹⁵² Daaraan kan worden toegevoegd dat de bepalingen een dubbele functie hebben. Enerzijds houden zij een zeer open geformuleerde wettelijke gedragsnorm in en anderzijds geven zij aan dat sprake is van een afbakening van taken tussen overheid en onderwijsorganisaties. Uitgangspunt van de wettelijke regeling is namelijk dat onderwijsorganisaties – en niet de overheid – zorg dragen voor “een goed bestuurd school”.

Het gegeven dat de zorgplicht goed bestuur een wettelijke – en daarmee een juridisch afdwingbare – gedragsnorm inhoudt, heeft als effect dat het niet voldoen aan deze gedragsnorm een zelfstandige reden kan zijn voor het opleggen van een bekostigingssanctie of andere bestuurlijke maatregel. Die mogelijkheid sluit op zich aan bij de wetsgeschiedenis. In het kader van artikel 49 lid 2 Wvo werd immers al in 1960 overwogen dat bij een niet-naleving van die norm een sanctie kon volgen.¹⁵³ Een volgende vraag is of het ook raadzaam is om bij interventies een beroep op deze algemene zorgplicht te doen. Immers, de bepaling is zeer open geformuleerd en handhaving met deze rechtsnorm als grondslag behoeft terughoudendheid en op zijn minst extra motivering. Het vergt immers al snel een nadere interpretatie van de rechtsnorm door een ander dan de onderwijswetgever.

Artikel 17a lid 1 Wpo. Scheiding toezicht en bestuur

Het bevoegd gezag draagt mede in verband met de verplichting, bedoeld in artikel 10, zorg voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop en met een rechtmatig bestuur en beheer.

Artikel 24d lid 1 Wvo. Scheiding toezicht en bestuur

Het bevoegd gezag draagt mede in verband met de verplichting, bedoeld in artikel 23a, zorg voor een goed bestuurd school met een scheiding tussen de functies van bestuur en het toezicht daarop, en met een rechtmatig bestuur en beheer.

¹⁵² Overes 2011, p. 88.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 1959/60, 5350, nr. 7, p. 34 en *Kamerstukken II* 1960/61, 5350, nr. 8, p. 68.

Twee pijlers: bestuurlijke inrichting en verantwoording

De huidige wettelijke regeling van goed bestuur gaat uit van twee pijlers: (1) zorgplichten betreffende de bestuurlijke inrichting en (2) het afleggen van verantwoording over de basisprincipes van goed bestuur.¹⁵⁴

In het kader van de eerste pijler kan worden gewezen op de volgende specifieke zorgplichten: (a) zorgplicht scheiding functies bestuur en intern toezicht (artikel 17a lid 1 Wpo en artikel 24d lid 1 Wvo), (b) zorgplicht deugdelijk en onafhankelijk intern toezicht (artikel 17b Wpo en artikel 24e Wvo) en (c) zorgplicht interne en externe verantwoording (artikel 17c Wpo en artikel 24e1 Wvo). Deze drie specifieke zorgplichten tezamen moesten de verdere ontwikkeling van principes van goed bestuur in het funderend onderwijs stimuleren.

De tweede pijler van de wettelijke regeling van goed bestuur betreft de wettelijke basis voor het afleggen van verantwoording over de naleving van de branchecodes voor goed bestuur (artikel 171 Wpo en artikel 103 Wvo). Deze tweede pijler biedt de onderwijswetgever de mogelijkheid om die principes waarvan de Raad van State had gemeend dat die geen wettelijke deugdelijkheidseis konden zijn, indirect te normeren.¹⁵⁵ Van onderwijsorganisaties wordt verwacht dat zij in hun jaarverslag verantwoording afleggen over de wijze waarop zij zorgdragen voor (1) een goed personeelsbeleid gericht op de kwaliteit van het onderwijs, (2) integere bedrijfsvoering (incl. het tegengaan van belangenverstrengelingen) en (3) horizontale verantwoording aan ouders, leerlingen en overige belanghebbenden (artikel 171 lid 5 Wpo en artikel 103 lid 5 Wvo).¹⁵⁶

Middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs; geen wettelijke zorgplichtbepaling goed bestuur

In de Web en de Whw ontbreekt een met artikel 17a Wpo en artikel 24d Wvo vergelijkbare wettelijk bepaling. Wel kan betoogd worden dat onderwijsorganisaties wel bedoelde zorg voor goed bestuur hebben te betrachten, nu zij wordt verondersteld en voorafgaat aan de specifiekere zorgplicht goed beheer (zie hierna) en aan de verplichting om de functies bestuur en intern toezicht te scheiden (artikel 9.1.4 Web en artikelen 9.3, 9.7 en 10.3d Whw). De tweede pijler van de zorgplicht goed bestuur, het verantwoording afleggen over de basisprincipes van goed bestuur, vinden we ook terug in de Web en de Whw. In lagere regelgeving kunnen één of meer branchecodes voor goed bestuur worden aangewezen en in die lagere regelgeving kunnen ook voorschriften worden opgenomen met betrekking

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 3.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8. Deze basisprincipes maakten eerder nog deel uit van de conceptbepaling zoals verwoord in artikel 4.2 WHOO.

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8-9.

tot de inrichting van het bestuursverslag (artikel 2.5.4 Web en artikel 2.9 lid 1 juncto artikel 2.14 Whw).

B. Zorgplicht goed beheer

Zorgplicht goed beheer

Alle vier de sectorwetten bevatten een zorgplicht goed beheer. De zorgplicht goed bestuur en de nadere zorgplicht goed beheer houden met elkaar verband. Rietveld en Zoontjens legden die koppeling ook. In 2004 spraken zij in hun toelichting bij hun voorstel tot formulering voor een zorgplicht goed bestuur over “rechtmatig, doelmatig en adequaat beheer”.¹⁵⁷

In de Wpo en de Wvo is de zorgplicht goed beheer uiteindelijk verwerkt in de zorgplichtbepaling goed bestuur (“en met een rechtmatig bestuur en beheer”; artikel 17a lid 1 Wpo en artikel 24d lid 1 Wvo), waarbij voor het bijzonder voortgezet onderwijs geldt dat daar de zorg van de onderwijsorganisatie “voor een deskundig beheer” bovenop komt (artikel 49 lid 2 Wvo).¹⁵⁸ De Web en de Whw kennen – door het ontbreken van een algemene zorgplichtbepaling goed bestuur – een geheel eigen wettelijk geregelde zorgplicht goed beheer. Het bevoegd gezag moet de middelen van de instelling op zodanige wijze beheren dat een behoorlijke exploitatie en het voortbestaan van de onderwijsinstelling zijn verzekerd (artikel 2.8.3 Web en artikel 2.17 Whw).

Artikel 2.8.3 Web/2.17 Whw. Beheer van de middelen

Het bevoegd gezag/instellingsbestuur beheert de middelen van de instelling op zodanige wijze dat een behoorlijk exploitatie en het voortbestaan van de instelling zijn verzekerd.

De achtergrond van de zorgplicht goed beheer is te herleiden tot de wens van overheid en onderwijswetgever in de jaren negentig om onder meer de verantwoordelijkheid voor de onderwijshuisvesting over te hevelen naar de onderwijsorganisaties en de bijbehorende publieke middelen toe te voegen aan de lumpsum. In ‘ruil’ voor de bijbehorende zelfstandigheid en bestedingsvrijheid werden hogere eisen aan het financieel beleid noodzakelijk geacht en het externe toezichtinstrumentarium uitgebreid. De zorgplichtbepaling goed beheer moest de overheid een extra toezichtinstrument bieden “om bij te sturen als een

¹⁵⁷ Rietveld & Zoontjens 2005, p. 48-49.

¹⁵⁸ De wettelijke regeling van artikel 49 lid 2 Wvo luidt als volgt: “Het schoolbestuur draagt zorg voor een deskundig beheer”. Gelet op de wetsgeschiedenis dient voor “het schoolbestuur” te worden gelezen “de onderwijsorganisatie”. Zie ook hoofdstuk 3.

instelling een onverantwoord financieel beleid voert dat het voortbestaan van de instelling – ook op langere termijn – kan bedreigen”.¹⁵⁹

Specifiekere of fijnmaziger zorgplichten goed beheer?

De laatste jaren lijkt naar aanleiding van incidenten bij grotere (onderwijs)organisaties een ontwikkeling gaande die de reikwijdte van de zorgplicht goed beheer specifieker of fijnmaziger opvat. De zorgplicht goed beheer krijgt door de realisatie dat onderwijsorganisaties potentieel failliet kunnen gaan, door de aanscherping van de jaarlijkse verantwoordingssystematiek en de behoefte aan de beheersing van financiële risico's relatief veel aandacht. Soms wordt ook voorgesteld om omvangrijke investeringen vooraf extern te laten toetsen.¹⁶⁰ Van onderwijsorganisaties wordt verwacht dat zij jaarlijks inzicht geven in de financiële risico's en een continuïteits- of toekomstparagraaf opnemen in het bestuursverslag.¹⁶¹

In 2012 werd het externe toezicht op de rechtmatigheid van het financieel beheer van de bekostigde onderwijsinstellingen wettelijk toegekend aan de Inspectie van het Onderwijs.¹⁶² In de bijbehorende Beleidsregel Financieel toezicht po en vo 2011 was kort daarvoor beschreven dat dat financiële toezicht gericht is op financiële risico's op het niveau van de onderwijsorganisatie en ziet op de aspecten: (1) financiële continuïteit, (2) financiële doelmatigheid en (3) financiële rechtmatigheid van bekostiging en besteding.¹⁶³ De financiële continuïteit wordt primair beoordeeld op basis van objectieve financiële normen betreffende de liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit. Die objectieve financiële normen zijn in 2013 aangescherpt. Er wordt echter door de Inspectie van het Onderwijs ook gekeken naar meer subjectieve parameters als personeelsbeleid, de aanwezigheid van krimp of groei, informatie over huisvesting en leegstand en de kwaliteit van het jaarverslag.¹⁶⁴ Bij die meer subjectieve parameters lijkt de onderliggende vraag vooral te zijn of onderwijsorganisaties en hun bestuurders nog “in control” zijn.¹⁶⁵

159 *Kamerstukken II* 1995/96, 24666, nr. 3, p. 26-27 en *Kamerstukken II* 1992/93, 22957, nr. 3, p. 26.

160 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5, p. 8 en *Kamerstukken II* 2015/16, 31289, nr. 274, p. 4-5.

161 Brief minister van OCW aan bevoegde gezagen, intern toezichthouders en accountants, *Opname van een zogeheten continuïteitsparagraaf in het jaarverslag*, Den Haag, 20 december 2015 en Ministerie van OCW, *Richtlijn Jaarverslag Onderwijs*, Toelichtende brochure, Den Haag, april 2015, p. 33-35.

162 Wet geïntegreerd toezicht en gewijzigde rol Inspectie van het onderwijs (Stb. 2012, 118). In 2008 was dit financiële toezicht al gemandateerd aan de Inspectie van het Onderwijs. Zie Stcrt. 2008. 167, p. 22, 29 augustus 2008 (Wijziging bijlage Organisatie- en mandaatbesluit OCW 2008).

163 Beleidsregel Financieel toezicht po en vo 2011, p. 1 (Stcrt. 24 november 2011, 2154).

164 De wijzigingen in het financieel toezicht zijn ook opgenomen in de diverse toetsingskaders en het Onderwijscontroleprotocol OCW/EZ.

165 Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33822, nr. 1, p. 2. In deze nota Financieel beheer en toezicht semipublieke sector wordt in een wat breder perspectief ingegaan op het risicogericht financieel toezicht door de overheid op de semipublieke sector.

In aanvulling op de wettelijke normen en de aanvullende financiële normen van de Inspectie van het Onderwijs, stellen ook koepelorganisaties zelf normen op inzake goed beheer. Een voorbeeld daarvan is het Toetsingskader Verantwoording Financiële Posities van de PO-Raad en het handboek risicomanagement van de VO-raad.¹⁶⁶

Rechtmatige verkrijging en rechtmatige en doelmatige besteding van publieke bekostiging als bodem

Tot hoever reikt de beoordeling van het beheer? Vertrekpunt is dat onderwijsorganisaties de uit de onderwijswetgeving voortvloeiende meer of minder specifieke bekostigingsvoorwaarden dienen na te leven. Deze verplichting heeft de wetgever ook meer algemeen uitgewerkt. Een onderwijsorganisatie dient de bekostiging (1) rechtmatig te verkrijgen en die bekostiging vervolgens (2) rechtmatig en (3) doelmatig te besteden. Deze drie hoofdregels volgen (indirect) uit artikel 148 Wpo, artikel 99 Wvo, artikel 2.5.3 Web en – meer impliciet – uit artikel 2.9 Whw. Zij vormen tezamen de bodem voor de zorgplicht financieel beheer. Onderwijsorganisaties dienen over de vervulling van deze hoofdregels extern verantwoording af te leggen door middel van de jaarrekening en in het bestuursverslag. Bestuurders doen dat uiteraard intern.

De normen rechtmatigheid en doelmatigheid vinden we terug in artikel 3 Wot, artikel 4 lid 3 Wot en in de artikelen 34a lid 3 Besluit bekostiging Wpo, 21 lid 3 Bekostigingsbesluit Wvo, 2.5.9 Web en 2.9 Whw. De precieze betekenis van vooral de norm doelmatig is ongewis. Het lijkt voor de hand te liggen om bij de uitleg van de doelmatigheidsnorm mede een beroep te doen op bijvoorbeeld de Comptabiliteitswet 2001. Blijkens de jurisprudentie gebeurt dat ook.¹⁶⁷ De minister van OCW moet over de doelmatigheid van de besteding van publieke middelen immers verantwoording afleggen aan de Staten-Generaal.¹⁶⁸ Om dat te kunnen doen, moet kunnen worden nagegaan of ook de onderwijsorganisaties de aan hen beschikbaar gestelde publieke middelen doelmatig besteden.¹⁶⁹ Wel

166 PO-Raad, *Toetsingskader Verantwoording Financiële Posities*, Utrecht, maart 2014 en VO-raad, *Handboek Risicomanagement*, Utrecht, november 2013.

167 Rb. Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13161, r.o. 5.

168 De Comptabiliteitswet 2001 bepaalt dat de minister van OCW verantwoordelijk is voor het financieel en materieel beheer en een inzichtelijke administratie (artikel 19, 21, 22, 25 en 26 Comptabiliteitswet 2001). Dit beheer en de bijbehorende administratie moeten voldoen aan de eisen van “rechtmatigheid, ordelijkheid en controleerbaarheid” en moeten “overigens zo doelmatig [worden] ingericht”. In dat kader heeft diezelfde minister van OCW de bevoegdheid om bij bekostigde onderwijsorganisaties, zijnde rechtspersonen met een wettelijke taak, kennis te nemen van de jaarrekeningen, jaarverslagen en bijbehorende gegevens, de verantwoordingen, gegevens en documentatie nodig voor de definitieve vaststelling van de bekostiging en de accountantsrapporten (artikel 43 lid 2 Comptabiliteitswet). Als de gegevens daar aanleiding toe geven, kan de minister van OCW vervolgens bij de onderwijsorganisatie nadere inlichtingen inwinnen, inzage in de administratie vorderen of (f) nader onderzoek instellen (artikel 43 lid 2 Comptabiliteitswet 2001). Deze onderzoeksbevoegdheid heeft de minister van OCW gemandateerd aan de Inspectie van het Onderwijs.

169 Stb. 2013, 338, p. 16; Stb. 1998, 117, p. 25 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30660, nr. 3, p. 12.

blijkt uit diezelfde wetsgeschiedenis dat omwille van de bestedingsvrijheid de overheid terughoudendheid past bij de beoordeling of sprake is van ondoelmatige toepassingen.¹⁷⁰ De norm van doelmatigheid is om die reden niet snel zelfstandig handhaafbaar. Zij is ook niet als zelfstandige wettelijke deugdelijkheidseis geformuleerd. Toch komt het soms voor dat individuele kostenposten op hun doelmatigheid worden beoordeeld en tot bekostigings-sancities leiden.¹⁷¹ Dat is zeer kwetsief.

4.4.4 *Recente ontwikkelingen rondom de zorgplicht goed bestuur*

A. Hoge verwachtingen van goed bestuur

Van goed bestuur wordt veel verwacht. Onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs in 2013 naar het bestuurlijk handelen in het primair onderwijs in Noord-Nederland en de hoeveelheid zwakke scholen in deze regio, lijkt te bevestigen dat goed functionerende bestuurders een belangrijke randvoorwaarde zijn voor goed onderwijs. “Minder succesvolle bestuurders hebben minder daadkracht en treden aarzelder op, oefenen minder controle op scholen uit, laten scholen soms te vroeg weer los en kijken minder kritisch naar het effect van hun handelingen.”¹⁷² In een advies over de problematiek rond kleine scholen uit 2013 gaf de Onderwijsraad aan dat de betrokken onderwijsorganisaties vaak bestuurskracht missen om in samenwerking met lokale partijen goede oplossingen te vinden voor de krimpproblematiek.¹⁷³ Het SCP merkte al in 2008 op dat vooral sterke onderwijsorganisaties in staat zijn in te spelen op de brede maatschappelijke opdracht van het onderwijs.¹⁷⁴

Opeenvolgende incidenten leiden met enige regelmaat tot de vraag of het voldoende is te sturen op de zorgplicht goed bestuur en de bijbehorende bestuurlijke inrichtingsvoorschriften. De Commissie-Cohen concludeerde in 2012 bij BOOR Rotterdam bijvoorbeeld dat de verhouding tussen het openbaar onderwijs en de gemeente verheldering behoeft.¹⁷⁵ De Commissie-Cohen overwoog dat “de kwaliteit van het onderwijs in eerste instantie de verantwoordelijkheid van het bestuur” is. Volgens haar bestond er behoefte aan extra gemeentelijke sturing gelet op haar verantwoordelijkheid voor het aanbieden van voldoende openbaar onderwijs en de daaruit voortvloeiende indirecte financiële verantwoordelijkheid.¹⁷⁶ De Commissie-Cohen wees erop dat goed bestuur niet alleen op papier goed moet

170 Stb. 2013, 338, p. 16; Stb. 1998, 117, p. 25 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30660, nr. 3, p. 12.

171 Voorbeelden zijn vooral te vinden bij sancties in verband met bestuurdersbeloningen in de periode voor de inwerkingtreding van de Wet bezoldiging topfunctionarissen in 2013 en bij sancties bij de besteding van publieke middelen bij enkele Islamitische scholen.

172 Inspectie van het Onderwijs 2013c, p. 77-78.

173 Onderwijsraad 2013b, p. 36.

174 Turkenburg 2008.

175 BOOR 2012, p. 5.

176 Deze opvatting treffen we op meerdere pagina's aan, zie BOOR 2012, p. 5, 6, 19 en 26.

zijn geregeld “maar ook in de praktijk”.¹⁷⁷ De Onderzoekscommissie financiële problematiek Amarantis richtte zich tot de bestuurders als leden van de bestuurlijke organen en personen en gaf aan dat zij persoonlijk (1) moeten staan voor de kwaliteit van onderwijs, (2) professioneel en ethisch verantwoord moeten handelen en (3) aanspreekbaar moeten zijn op hun gedrag.¹⁷⁸

De uitgangspunten van deze onderzoekcommissie zijn nuttig als vertrekpunt voor een goed gesprek, maar behoeven wel juridische kanttekening. Het uitgangspunt dat bestuurders aanspreekbaar moeten zijn op hun gedrag is te onderschrijven als dit gesprek uitmondt in ruimte voor een lerend vermogen, maar zo’n gesprek vergt wel enige gelijkwaardigheid. Van volledige gelijkwaardigheid is in het onderwijs geen sprake omdat interne en externe toezichthouders het functioneren van de bestuurder (in het openbaar) beoordelen en kunnen interveniëren als naar hun opvatting dat functioneren niet voldoet. Een tweede kanttekening is dat de overheid geen rechtsrelatie heeft met individuele bestuurders maar met de onderwijsorganisatie. Het beoordelen van het functioneren van individuele bestuurders is een verantwoordelijkheid van de intern toezichthouder. Een derde kanttekening is dat een te ruime opvatting omtrent de verantwoordelijkheid van bestuurders voor goed onderwijs kan botsen met de ook gewenste professionele ruimte van docenten en leraren.¹⁷⁹ Tot slot geldt dat zeker oordelen over professioneel en ethisch verantwoord handelen sterk afhankelijk zijn van het perspectief van de beoordelaar van dat handelen en het moment van beoordeling. *Hindsight bias* is dan een groot risico. Ook bij professioneel en ethisch verantwoord handelen kan de uitkomst (achteraf) toch onwenselijk zijn.

B. Focus op cultuur van besturen

De eerste reactie van de onderwijswetgever op de problematiek bij Amarantis was de introductie van de aanwijzingsbevoegdheid in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs en een aanscherping van die bevoegdheid in het primair en voortgezet onderwijs. Deze aanwijzingsbevoegdheid wordt in hoofdstuk 5 verder besproken. Het kabinet wenste te kunnen “intervenieren in een situatie waarin geen van de huidige interventiemogelijkheden werkt of heeft gewerkt (...) en corrigerend op te treden”.¹⁸⁰ Het kabinet wilde in reactie op de incidenten tevens bezien of het noodzakelijk was “het huidige stelsel op zodanige wijze aan te passen dat de waarborgen voor de kwaliteit van het hoger onderwijs verder worden versterkt”.¹⁸¹ Naar het oordeel van het kabinet waren er “te weinig

177 BOOR 2012, p. 27.

178 *Niet onwettig, wel onwenselijk* 2013, p. 42-42. De Onderzoekscommissie ontleent deze indeling aan H.D. Tjeenk Willink, ‘De bureaucratisch-bedrijfsmatige logica’. In: *Algemene beschouwing uit het Jaarverslag van de Raad van State over 2005*. Den Haag: Raad van State 2006.

179 Onderwijsraad 2013a, p. 39.

180 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 3, p.14.

181 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 3, p. 3.

waarborgen in het huidige stelsel om er zeker van te zijn dat problemen zoals ze zich hebben voorgedaan wel tijdig worden gedetecteerd en gecorrigeerd dan wel dat problemen worden voorkomen.”¹⁸² Over de legitimiteit van de bestuurlijke autonomie werd door minister Bussemaker in antwoord op de vraag of het vertrouwen in bestuurders en intern toezicht-houders van onderwijsorganisaties niet te ruim bemeten was, opgemerkt dat de “autonomie van schoolbesturen (...) een belangrijk onderwerp van discussie is”.¹⁸³

De focus ligt blijkens de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen inmiddels vooral op de cultuur van besturen, op de kwaliteit van het (financieel) beheer en op de betrokkenheid van medezeggenschap.¹⁸⁴ Volgens het kabinet gaat het vooral “om een morele kwestie” en is “een cultuurverandering nodig met de juiste *checks and balances* en ruimte voor de sector om zelf verantwoordelijkheid te nemen”.¹⁸⁵ Het pleidooi is meer betrokkenheid van stakeholders, de verplichting om met het oog op de macrodoelmatigheid samen te werken met collega-onderwijsorganisaties en het actiever afleggen van verantwoording aan de maatschappelijke omgeving en de regio.¹⁸⁶ De aandacht van de overheid richt zich daarbij op procesinstrumenten als profielen, overlegrechten en meldingsplichten.¹⁸⁷ Die procesinstrumenten moeten het ‘goede gesprek’ tussen het bestuur, de raad van toezicht en de medezeggenschap binnen onderwijsorganisaties – en daarmee de bestuurscultuur – bevorderen.¹⁸⁸

Kanttekening bij een “permanente dialoog over essentiële voorwaarden als deskundigheid, cultuur en houding van bestuurders en toezichthouders” is het subjectieve karakter van de onderliggende waarden.¹⁸⁹ Het bepleite goed gedrag is lastig te objectiveren en leidt tot rechtsonzekerheid over de toepasselijke norm.¹⁹⁰ De vraag is tevens wie het voortouw heeft bij de interpretatie van de verlangde gedragsnorm. De WRR meende in 2014 in elk geval dat het initiatief voor interpretaties in dit domein dient te berusten bij (organisaties van) bestuurders en intern toezichthouders en gaf aan dat normstelling door extern toezichthouders vooral een stok achter de deur behoort te zijn.¹⁹¹

182 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 3, p. 2.

183 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5, p. 4.

184 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 1-2.

185 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 7 en met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 8.

186 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5, p. 11. Samenwerking tussen onderwijsorganisaties beperkt overigens, ook als deze niet wettelijk verplicht is maar wel noodzakelijk, de bestuurlijke autonomie. Zie hierover hoofdstuk 7.

187 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 2.

188 *Kamerstukken II* 2013/14, 33824, nr. 1 en *Kamerstukken II* 2014/15, 31288, nr. 419, p. 10.

189 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 6.

190 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 7. Zie ook Onderwijsraad 2013c; WRR 2013 en WRR 2014b.

191 WRR 2014a, p. 78.

C. Module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen

In aanvulling op de wettelijke zorgplicht goed bestuur heeft de Inspectie van het Onderwijs in 2013 een module ontwikkeld ten behoeve van het zogeheten toezicht op het bestuurlijk handelen.¹⁹² De Inspectie van het Onderwijs bracht in dat jaar voor het funderend onderwijs een onderzoek uit naar de kwaliteit van het bestuurlijk handelen.¹⁹³ Ten behoeve van dat onderzoek naar de kwaliteit van het bestuurlijk handelen maakte de Inspectie van het Onderwijs gebruik van een door haar zelf ontwikkeld 'kader voor het onderzoeken van bestuurlijk handelen'.¹⁹⁴ De Inspectie van het Onderwijs benoemde in dit kader (a) voorwaarden voor bestuurlijk handelen, (b) elementen van bestuurlijk handelen ten aanzien van de onderwijskwaliteit, (c) elementen van bestuurlijk handelen ten aanzien van financiën en (d) resultaten van bestuurlijk handelen.¹⁹⁵

De module is in de periode 2013 tot en met 2015 terug te vinden in een zestal specifieke onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs waarin in individuele gevallen een oordeel werd gegeven over de kwaliteit van het bestuurlijk handelen. Ibn Ghaldoun was in 2013 de eerste casus waarin de module als beoordelingskader werd gebruikt.¹⁹⁶ Sinds mei 2014 treffen we het onderzoekskader ook aan in onderzoeksrapporten bij Evangelische Scholen, Kristallis, Prokind, Islamitische Scholen Nederland en Aloysius.¹⁹⁷ Het onderzoekskader wordt ook wel de 'module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen' genoemd en wordt door de Inspectie van het Onderwijs aangemerkt als de basis voor goed bestuurlijk handelen.¹⁹⁸ Naar aanleiding van enkele van deze onderzoeksrapporten is bedreigd met het

192 Inspectie van het Onderwijs, september 2010, p. 21.

193 Inspectie van het Onderwijs 2013c.

194 Inspectie van het Onderwijs 2013c, p. 81.

195 Inspectie van het Onderwijs 2013c, p. 60-64.

196 Inspectie van het Onderwijs, *Onderzoek bestuurlijk handelen Islamitische Scholengemeenschap Ibn Ghaldoun*, Utrecht, 9 augustus 2013.

197 Inspectie van het Onderwijs, *Specifiek onderzoek kwaliteit bestuurlijk handelen sVES*, Utrecht, 30 januari 2014; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College*, Utrecht, 15 juli 2015; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek naar bestuurlijk handelen van de Stichting Nederlandse Islamitische Scholen*, Utrecht, 5 maart 2015; Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport onderzoek bestuurlijk handelen Prokind*, Utrecht, 15 december 2014; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bestuurlijk handelen Stichting Kristallis*, Utrecht, 21 mei 2014.

198 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College*, Utrecht, 15 juli 2015; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek naar bestuurlijk handelen van de Stichting Nederlandse Islamitische Scholen*, Utrecht, 5 maart 2015; Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport onderzoek bestuurlijk handelen Prokind*, Utrecht, 15 december 2014; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bestuurlijk handelen Stichting Kristallis*, Utrecht, 21 mei 2014.

inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid wegens (vermeend) bestuurlijk wanbeheer of het stopzetten van de bekostiging.¹⁹⁹

Figuur 4.4.4 Module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen²⁰⁰

module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen	
A. Voorwaarden voor bestuurlijk handelen	
1.	Het bevoegd gezag (zowel bestuur als intern toezicht) is feitelijk ingericht/georganiseerd.
2.	Taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden in het bevoegd gezag zijn verdeeld.
3.	Het intern toezicht functioneert naar behoren.
4.	Bestuur en intern toezicht werken vanuit een open en integere bestuurscultuur.
5.	De (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad (of deelnemersraad/ondernemersraad, ouderraad) functioneert naar behoren.
B. Strategisch beleid en randvoorwaarden als basis voor bestuurlijk handelen	
1.	Het bestuur heeft strategisch inzicht en beleid ontwikkeld op het gebied van de kwaliteit en de financiële en personele randvoorwaarden voor de middellange termijn.
2.	Het bestuur bewaakt de randvoorwaarden.
C. Bestuurlijk handelen ten aanzien van onderwijskwaliteit	
1.	Het bestuur heeft zicht op de kwaliteit van school en afdelingen.
2.	Het bestuur evalueert en analyseert de kwaliteit van scholen en afdelingen.
3.	Het bestuur werkt planmatig aan behoud en verbetering van de kwaliteit van scholen/opleidingen.
4.	Het bestuur borgt de kwaliteit van scholen/opleidingen.
5.	Het bestuur verantwoordt zich over de kwaliteit van de scholen of opleidingen.
D. Bestuurlijk handelen ten aanzien van financiën	
1.	Het bestuur heeft zicht op de financiële situatie.
2.	Het bestuur evalueert en analyseert de financiële situatie.
3.	Het bestuur organiseert het financiële proces op deugdelijke wijze; het financiële beheer is op orde.
4.	Het bestuur neemt passende maatregelen indien de financiële situatie dat vereist.
E. Resultaten van bestuurlijk handelen	
1.	Het bestuur bereikt voldoende resultaten op alle scholen/afdelingen.
2.	Het bestuur is financieel gezond.

De module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen roept een aantal vragen op. Allereerst is de vraag of de Inspectie van het Onderwijs wel tot taak heeft toe te zien op de kwaliteit van het bestuurlijk handelen. In artikel 3 Wot is deze taak in elk geval niet vermeld. Blijkens de onderzoeksrapporten bij Prokind en Aloysius College zoekt de Inspectie van het Onderwijs de wettelijke grondslag voor het toezicht op de (kwaliteit van) het bestuurlijk handelen in het geheel van bekostigingsvoorwaarden, de zorgplicht goed onderwijs, de zorgplicht goed bestuur en de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht, alsmede de zorgplicht personeelsbeleid.²⁰¹ De Inspectie van het Onderwijs verwijst in deze rapporten

199 Het gaat om het Aloysius College, sVES en Ibn Ghaldoun. Zie over de aanwijzingsbevoegdheid ook hoofdstuk 5.

200 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College*, Utrecht, 15 juli 2015, p. 22.

201 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College*, Utrecht, 15 juli 2015, p. 6-7 en Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport onderzoek bestuurlijk handelen Prokind*, Utrecht, 15 december 2014, p. 8.

ook naar artikel 4 lid 2 Wot, waarin is aangegeven dat de intensiteit van het toezicht afhankelijk is van de professionaliteit van het bestuur en beheer.

De tweede vraag is hoe om te gaan met de onderzoeksconclusies na een beoordeling langs de lijn van de module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen. Vaststaat dat de module geen onderdeel uitmaakt van enig formeel vastgesteld onderzoekskader en dat de module ook niet is goedgekeurd of vastgesteld door de minister van OCW. Over de inhoud van de module is voorafgaand ook niet in het openbaar overleg geweest met (vertegenwoordigers van) onderwijsorganisaties, schoolleiders, bestuurders, intern toezichthouders of wetenschap. Dat roept de vraag op of de Inspectie van het Onderwijs wel bevoegd is gebruik te maken van deze module en of vervolgens in een openbaar onderzoeksrapport onder verwijzing naar die module een beoordeling kan worden gegeven omtrent de kwaliteit van het bestuurlijk handelen.

Meer inhoudelijk valt bij lezing van de module op dat de geformuleerde voorwaarden (of normen) deels subjectief van aard zijn en zeer open zijn geformuleerd. Zo treffen we begrippen aan als ‘passend’, ‘behoorlijk’, ‘voldoende’, ‘gezond’, ‘deugdelijk’ en ‘behoren’. Die begrippen treffen we niet aan in de onderwijswetgeving. Gelet hierop kan de module mijns inziens door de Inspectie van het Onderwijs slechts worden benut als hulpmiddel voor het verkrijgen van een beeld omtrent het functioneren van de onderwijsorganisaties. Als zelfstandige juridische rechtsnorm voor beoordelingen of als juridische bron voor waarderingen is de module niet bruikbaar.

4.5 ZORGPLICHT SCHEIDING BESTUUR EN INTERN TOEZICHT

4.5.1 *Inleiding*

De zorgplicht tot scheiding van bestuur en intern toezicht is de meest in het oog springende uitwerking van de zorgplicht goed bestuur. In het funderend onderwijs en in het middelbaar beroepsonderwijs kunnen onderwijsorganisaties kiezen tussen een organieke en een functionele scheiding (artikel 17b lid 1 Wpo, artikel 24 lid 1 Wvo en artikel 9.1.8 Web). In het hoger onderwijs dient het bestuur en het intern toezicht sinds 1997 gescheiden te zijn in twee afzonderlijke organen (hoofdstukken 9 en 10 Whw). Deze zorgplicht geldt voor het primair en het voortgezet onderwijs sinds 2010 en is het gevolg van de Wet goed onderwijs, goed bestuur.²⁰² In de Web is deze zorgplicht ingevoegd in 2009 met de inwer-

202 Stb. 2010, 80 (Wet goed onderwijs, goed bestuur). Zie voor een eerdere bespreking van deze zorgplicht ook Nolen & Huisman 2009, p. 7.

kingtreding van de Wet governance Web.²⁰³ In het hoger onderwijs werd deze zorgplicht in 2010 herbevestigd met de Wet versterking besturing.²⁰⁴ Tezamen met de verplichting om het bestuur en het intern toezicht te scheiden bepalen de diverse sectorwetten ook waarop intern toezichthouders ten minste toezicht moeten houden en waarover bestuurders dus aan die intern toezichthouders ten minste verantwoording moeten afleggen.

De zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht maakt onderdeel uit van de eerste pijler van de zorgplicht goed bestuur en moet borgen dat sprake kan zijn van professioneel bestuur.²⁰⁵ De kenmerken van de bijbehorende bestuursmodellen en de omvang van het interne toezicht worden toegelicht in paragraaf 4.5.2. In paragraaf 4.5.3 wordt ingegaan op het debat over de ruimte van overheid en wetgever om eisen te stellen aan de inrichting van de bestuurlijke organisatie.

De invoering van de Wet goed onderwijs, goed bestuur, de Wet governance Web en de Wet versterking besturing vormden deels een bevestiging van de praktijk.²⁰⁶ Zij sloot vrijwel naadloos aan op de destijds bestaande zelfregulering.²⁰⁷ In de toelichting bij de Wet governance Web werd over de waarde van de wettelijke regeling opgemerkt dat de scheiding moest voorkomen dat “een bezwaarlijke concentratie van macht zou optreden door het ontbreken van voldoende «checks and balances»”.²⁰⁸ Intern toezicht bood volgens het kabinet voorts een houvast bij “de vormgeving van de proportionaliteitsgedachte van het (externe) overheidstoezicht”.²⁰⁹ De zorgplicht scheiding van bestuur en intern toezicht werd daarnaast wenselijk gezien bij de ontwikkeling naar nieuwe bestuurlijke verhoudingen en als antwoord op “de complexiteit van de maatschappij én de veelzijdigheid van de maatschappelijke opdracht die onderwijsinstellingen hebben”.²¹⁰ In de toelichting bij de Wet versterking besturing werd opgemerkt dat instellingen voor hoger onderwijs grote tot zeer grote organisaties waren geworden. Het raad van toezicht-model moest volgens het kabinet “ongewenste concentratie van macht” tegengaan en “– vice versa – de checks and balances binnen een instelling” versterken.²¹¹ Hierbij werd ook de koppeling gelegd

203 Stb. 2009, 151 (Wet governance Web).

204 Stb. 2010, 119 (Wet verbetering van het bestuur bij de instellingen voor hoger onderwijs, de collegegeldsystematiek en de rechtspositie van studenten).

205 Zoontjens, Delnooz & Vermeulen 2006 en Vermeulen & Zoontjens 2006. Zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 30183, nr. 21, p. 2.

206 Zie over de Wet goed onderwijs, goed bestuur ook Nolen & Huisman 2009.

207 Onderwijsraad 2004b; Algemene Rekenkamer 2008. VOS/ABB en AVS, *Principes van goed onderwijsbestuur*, 2006; VO-raad, *Code Goed Onderwijsbestuur VO*, 27 mei 2008 en VTOI 2009.

208 *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 3, p. 2. De motivering komt sterk overeen met de inhoud van de brief over governance in het funderend onderwijs uit 2008: *Kamerstukken II* 2007/08, 30183, nr. 21, p. 2-3.

209 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 15.

210 *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 3, p. 2.

211 *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 3, p. 5.

met het externe toezicht door de overheid. Dat kon aansluiten bij het interne toezicht “in die zin dat de intensiteit van het externe toezicht afhangt van de mate waarin het interne toezicht goed functioneert en adequate verantwoordingsinformatie genereert. Is er sprake van goed bestuur en van geringe risico’s inzake de kwaliteit, dan kan het externe toezicht sober zijn. Is dat niet het geval, dan is intensiever toezicht gewenst”.²¹²

4.5.2 Intern toezicht

A. Bestuursmodellen functionele of organieke scheiding

De Wpo, de Wvo en de Web bieden alle drie ruimte aan onderwijsorganisaties om de functies van bestuur en intern toezicht te scheiden in functionele of organieke zin. Dit mede op advies van de Raad van State.²¹³ Een amendement om in het funderend onderwijs het raad van toezicht-model te verplichten werd afgewezen.²¹⁴ Het bestuur-directie-model, het raad van beheer-model (*one tier*; functiescheiding) en het raad van toezicht-model (functie- en orgaanscheiding) behoren tot de mogelijkheden. Het verschil tussen functionele en organieke scheiding is dat bij een organieke scheiding – voor zover het een stichting betreft – de interne toezichtfunctie berust bij de raad van toezicht als statutair orgaan.

In het beroepsonderwijs was het oorspronkelijk de bedoeling om het raad van toezicht-model verplicht te stellen, maar na een aangenomen amendement werd in artikel 9.1.8 Web in die sector de mogelijkheid geopend om niet alleen te kiezen voor het raad van toezicht-model maar ook voor het *one tier-model*.²¹⁵ Voor de openbare universiteiten is het raad van toezicht-model verplicht. Voor bijzondere universiteiten en hogescholen bestaat de mogelijkheid om te kiezen voor het *one tier-model* mits dat wenselijk is op grond van de eigen aard van de bijzondere universiteit of de levensbeschouwelijke aard van de bijzondere hogeschool (artikel 9.51 lid 2 Whw en artikel 10.3d lid 7 Whw). De minister van OCW kan bepalen dat bij een dergelijke afwijking niet in redelijkheid een beroep is gedaan op de eigen aard (artikel 9.51 lid 3 Whw).²¹⁶

De vraag welk bestuursmodel voor een onderwijsorganisatie het meest geëigend is, is afhankelijk van het karakter van de onderwijsorganisatie, de kwaliteit van de (beoogde) bestuurders en interne toezichthouders en de eigen aard van de bijzondere instelling in

²¹² Kamerstukken II 2008/09, 31821, nr. 3, p. 5.

²¹³ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 3 en p. 16 en Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8-9.

²¹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31828, nr. 16 (Niet aangenomen amendement-Dezentje-Hamming).

²¹⁵ Kamerstukken II 2007/08, 30599, nr. 17 (amendement-Biskop)

²¹⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31821, nr. 61 (amendement-Zijlstra).

het hoger onderwijs.²¹⁷ Voorwaarde voor elke keuze en uitwerking is dat duidelijk is wie met de bestuurlijke functie en wie met de interne toezichthoudende functie is belast en dat de interne toezichthouders onafhankelijk zijn ten opzichte van de ‘bestuurders’. De drie bestuursmodellen zijn dan ook niet uitputtend. Er zijn in theorie talloze alternatieven denkbaar. Zo kan bij verenigingen gebruikgemaakt worden van bijvoorbeeld een ledenraad of een kascommissie met sterke bevoegdheden die het interne toezicht door de algemene ledenvergadering voorbereidt.²¹⁸

Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek regelt voor stichtingen en verenigingen nog niet de instelling van een raad van toezicht.²¹⁹ Dit heeft tot gevolg dat de vraag of een intern gremium een intern toezichthoudend orgaan is, afhankelijk is van de bij of krachtens de statuten toegekende rechtspersonenrechtelijke bevoegdheden. Op het moment dat een gremium binnen de stichting of vereniging dezelfde of vrijwel dezelfde bevoegdheden heeft als een raad van commissarissen van een bv of een nv (waaronder in elk geval het recht de bestuurder te benoemen, schorsen en ontslaan), kan worden gesproken over een intern toezichthoudend orgaan. Opvallend genoeg draait de onderwijswetgeving dit om. In artikel 17c lid 3 Wpo en artikel 24e1 lid 3 Wvo is bijvoorbeeld bepaald dat een raad van toezicht is belast met het benoemen, schorsen en ontslaan van de leden van het bestuur en de vaststelling van de bezoldiging van de bestuurders. Wanneer echter sprake is van een raad van toezicht, is afhankelijk van de statuten en niet van de onderwijswetgeving.

B. Minimale taken intern toezichthouder

De Wpo, de Wvo en in mindere mate de Web en de Whw benoemen de minimale taken van de intern toezichthouders. Die taken kunnen worden onderverdeeld in drie rollen: (1) de toezichthoudende rol, (2) de adviserende rol en (3) de rol van werkgever.²²⁰

Ad 1) Toezichthoudende rol

De interne toezichthouder of het interne toezichthoudend orgaan heeft allereerst een toezichthoudende rol. Hij moet toezicht houden “op de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden door het bestuur” (artikel 17c lid 1 Wpo; artikel 24e1 lid 1 Wvo; artikel 9.1.4 lid 3 Web; artikel 9.8 lid 1 Whw en artikel 10.3d lid 2 Whw). Deze intern toezichthoudende rol is uitgewerkt in vijf tot zeven wettelijk benoemde taken waarmee de intern toezichthouder op grond van de onderwijssectorwet ten minste moet zijn belast.

217 Zie voor een nadere toelichting op de mogelijke bestuursmodellen en de verschillen onder meer *Toolkit Toezicht Onderwijs* 2014.

218 Vgl. de handreikingen in *Toolkit Toezicht Onderwijs* 2014, *Toolkit Toezicht in het Publieke Veld* 2012 en *VTOI* 2009.

219 Die voornemens zijn er wel. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2 (wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

220 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

Het gaat om de volgende wettelijke taken:

- het goedkeuren van de begroting, het jaarverslag en het strategisch meerjarenplan;
- het toezien op de naleving door het bestuur van wettelijke verplichtingen, de code voor goed bestuur en de afwijkingen van die code;
- het toezien op de rechtmatige verwerving en de doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de verkregen publieke middelen;
- het aanwijzen van de accountant;
- het in het jaarverslag afleggen van verantwoording over de uitvoering van de hiervoor benoemde minimale taken en de uitoefening van de bevoegdheden;
- het goedkeuren van statuten en/of bestuursreglement (mbo en hoger onderwijs);²²¹
- het toezien op de vormgeving van het systeem van kwaliteitszorg (alleen hoger onderwijs).

De onderwijsrechtelijke taakomschrijving wijkt overigens – zonder verdere motivering – af van het vennootschapsrecht. De raad van commissarissen heeft immers op grond van artikelen 2:140/250 BW “tot taak (...) toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming”.²²² Toezicht op ‘de uitvoering’ is op het oog een bredere taak. Dat roept de vraag op of de wettelijke taak van de intern toezichthouder in het onderwijs niet meer verlangt dan in het vennootschapsrecht gebruikelijk.

Ad 2) Adviserende rol

De intern toezichthouder heeft in de tweede plaats een adviserende functie. Hij “staat het bestuur met raad terzijde” (artikel 17c lid 1 Wpo/artikel 24e1 lid 1 Wvo, tweede deel van de eerste volzin). Een intern toezichthouder kan dienen als klankbord, kennis en netwerken delen en aandacht vragen voor thema’s als het relevante toetsingskader, de maatschappelijke functie, de langetermijnstrategie en mogelijke risico’s. Goodijk meent dat een intern toezichthouder actief moet zijn met een focus op het strategische niveau en dat hij zich moet richten op het waarborgen van het belang en de maatschappelijke opvatting van stakeholders.²²³ Goodijk merkt wel op dat een te actieve adviserende rol kan leiden tot het verwijt dat toezichthouders op de stoel van de bestuurder gaan zitten, maar dat dilemma kan

221 Voor het funderend onderwijs is die taak en bevoegdheid niet in de wet opgenomen, maar in de praktijk zijn intern toezichthouders daarmee vaak wel belast. Zie ook de voorbeeldstatuten van de VTOI op www.vtoi.nl.

222 Deze formulering vinden we ook terug in de taakomschrijving van de raad van toezicht in het wetsvoorstel Wet maatschappelijke onderneming (*Kamerstukken II* 2009/10, 32003, nr. 2, artikel 2:307e) en in het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2; artikel 2:11 lid 2 BW Nieuw).

223 Goodijk 2011, p. 36.

volgens hem worden vermeden door te investeren in de inhoudelijke kwaliteit en professionalisering van het proces en gedrag.²²⁴

Ad 3) Rol van werkgever

De derde rol van de intern toezichthouder of het intern toezichthoudend orgaan is die van werkgever van de individuele bestuurders. Het gaat dan zowel om de rechtspersonenrechtelijke als de eventuele arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking. Deze werkgeversrol is expliciet benoemd in de onderwijswetgeving en ziet bijvoorbeeld ook op het vaststellen van de bezoldiging (artikel 17c lid 3 Wpo/artikel 24e1 lid 3 Wvo). Op het moment dat sprake is van een raad van toezicht heeft die tot taak te besluiten over benoeming, beloning en ontslag van de bestuurders (artikel 17c lid 3 Wpo, artikel 24e1 lid 3 Wvo, artikel 9.1.4 lid 3 Web, artikel 9.8 lid 1 Whw en artikel 10.3d lid 2 Whw).

De rol van werkgever impliceert dat de intern toezichthouder overeenkomstig artikel 7:611 BW ook een goed werkgever moet zijn en dat hij alleen al om die reden periodiek functionerings- en evaluatiegesprekken dient te voeren met de bestuurder. Voorts impliceert het dat de intern toezichthouder aandacht moet hebben voor de continuïteit, de opvolging en de deskundigheid van het bestuur. De werkgeversrol brengt tot slot mee dat van intern toezichthouders wordt verlangd dat zij verantwoording afleggen over het door hen gevoerde bezoldigingsbeleid. Zie verder hoofdstuk 8.

C. Deugdelijk en onafhankelijk intern toezicht

Ter uitwerking van de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht geldt de wettelijke norm dat het interne toezicht deugdelijk en onafhankelijk moet zijn. De onderwijswetgeving bepaalt dat een intern toezichthouder onafhankelijk dient te functioneren van het bestuur (artikel 17b lid 2 Wpo; artikel 24e lid 2 Wvo) en geen directe belangen mag hebben bij de onderwijsinstelling (artikel 9.1.4 lid 2 Web; artikel 9.7 lid 4 Whw en artikel 10.3d lid 4 Whw). Diens “taken en bevoegdheden van interne toezichthouder of intern toezichthoudend orgaan [zijn] zodanig dat deze een deugdelijk en onafhankelijk toezicht kan uitoefenen” (artikel 17c lid 2 Wpo; artikel 24e1 lid 2 Wvo). In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs geldt de eis van deugdelijkheid en onafhankelijkheid ook voor “de samenstelling” van de raad van toezicht (artikel 9.1.4 lid 2 Web; artikel 9.7 lid 4 Whw en artikel 10.3d lid 4 Whw).

Deze wettelijke verplichtingen richten zich als bekostigingsvoorwaarden op de onderwijsorganisaties. De formulering maakt echter inzichtelijk dat sprake is van een algemeen geformuleerd doelvoorschrift en de norm lijkt vooral een rol te spelen bij (1) de benoeming

²²⁴ Goodijk 2011, p. 37.

van intern toezichthouders, (2) de toekenning van taken en bevoegdheden en (3) de beoordeling van het functioneren van het interne toezicht.

Wat is nu de juridische toets voor deugdelijk en onafhankelijk intern toezicht? Zowel de bepaling als de toelichting geeft daarover geen duidelijkheid. Uit de wetsgeschiedenis volgt slechts dat het uitoefenen van een deugdelijk en onafhankelijk toezicht volgens het kabinet “onder meer (...) betekent dat de toezichthouders geen directe belangen in de school mogen hebben”.²²⁵ Als voorbeelden van situaties die hieraan niet voldoen, worden genoemd het zijn van werknemer, opdrachtgever of opdrachtnemer, bestuurder of directeur bij dezelfde onderwijsorganisatie en extern adviseur.²²⁶ Het kabinet noemde het bestaan van directe belangen in de instelling in het recente verleden of directe belangen van een familielid als onwenselijke voorbeelden.²²⁷ De beide voorbeelden overtuigen echter niet. Allereerst omdat het bevorderen van samenhang en maatschappelijke betrokkenheid een van de doelen van het interne toezicht is. Dat pleit bijvoorbeeld voor het benoemen van ouders in de raad van toezicht. Ten tweede omdat met de keuze in de toelichting voor het begrip “direct belang” niet wordt aangesloten bij het rechtspersonenrechtelijke uitgangspunt van “tegenstrijdig belang” (vgl. artikel 2:47 BW). Intern toezichthouders hebben altijd een eigen en direct belang bij het functioneren van de onderwijsorganisatie. De doorslaggevende toets zou vooral moeten zijn of intern toezichthouders een (potentieel) persoonlijk tegenstrijdig belang hebben met de onderwijsorganisatie. Alsdan zou beoordeeld moeten worden of sprake is van een tijdelijke situatie (en dus kan worden volstaan met niet-deelneming aan de beraadslaging en besluitvorming) of dat sprake is van een continue situatie. In dat laatste geval zou moeten worden overwogen tot niet benoemen of terugtreden. Dat is ook de route die de branchecode goed bestuur van de MBO Raad voorstaat.²²⁸

4.5.3 *Opmerkingen bij de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht*

A. Is regeling bevoegdheden binnen de onderwijsorganisatie een taak van de onderwijswetgever?

Behoort de onderwijswetgever zich te richten op het regelen van de verhouding tussen de overheid en de onderwijsorganisatie? Deze vraag werd onder meer gesteld in het debat bij de Wet bestuursvormen openbaar onderwijs. De Raad van State voelde zich in 1993 en 1994 geroepen op te merken “dat het niet de taak van de onderwijswetgever is om de bevoegdheden binnen de rechtspersoon te regelen. In de onderwijswetgeving kan volstaan

²²⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 25-26.

²²⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 26 en Kamerstukken II 2005/06, 30599, nr. 3, p. 8.

²²⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30599, nr. 3, p. 9.

²²⁸ Branchecode MBO 2014, p. 13.

worden met het regelen van de verhouding tussen de overheid en het bevoegd gezag van scholen.²²⁹ Deze oproep tot terughoudendheid herhaalde de Raad van State in 2008 in zijn advies over de Wet goed onderwijs, goed bestuur, maar ontbrak volledig in het eerdere advies over de Wet Governance Web.²³⁰ Minister Van der Hoeven plaatste in 2005 een vergelijkbare kanttekening. Zij koos weliswaar voor het centrale uitgangspunt van scheiding tussen bestuur en intern toezicht, maar wenste voor de sectoren primair en voortgezet onderwijs niet te verplichten tot een specifieke bestuursmodel. Zij wenste op die manier “rekening [te houden, MN] met de vrijheid van onderwijs, die tot een grote variëteit aan bestuurlijke inrichting van de onderwijsinstellingen in het funderend onderwijs heeft geleid”.²³¹

Zowel de opmerkingen van de Raad van State als de kanttekening van Van der Hoeven maken duidelijk dat de oproep tot terughoudendheid bij de regeling van de interne bestuursorganisatie van onderwijsorganisaties deels is te herleiden tot de vrijheid van inrichting. Door het kabinet werden in 2009 en 2010 bij de behandeling van de Wet goed onderwijs, goed bestuur verwijzingen naar de beschermende werking van artikel 23 Grondwet niettemin vrij stellig terzijde geschoven. De nadruk werd gelegd op de teleologisch-dynamische uitleg van artikel 23 Grondwet en het lezen van dit artikel als een levend artikel in zijn actuele maatschappelijke-politieke context.²³² Op de vraag vanuit de Tweede Kamer waar dan volgens het kabinet de principiële grens lag voor het maken van een inbreuk op de institutionele vrijheid van artikel 23 Grondwet, antwoordde de regering destijds dat de interpretatie van artikel 23 Grondwet in de loop der jaren was gewijzigd en dat het artikel mocht worden gelezen en geïnterpreteerd volgens de op dat moment bestaande maatschappelijke en politieke kaders. “Om die reden kan een principiële grens dan ook niet worden getrokken. Dat is afhankelijk van de maatschappelijke en politieke context, waarbij uw Kamer als medewetgever óóók een rol speelt.”²³³ Bij de verdediging van de voorgestelde inrichtingsvoorschriften had overigens ook gewezen kunnen op het historisch perspectief. Immers, al in de Lager onderwijswet 1889 stelde de onderwijswetgever eisen aan de bestuurlijke inrichting van scholen. Een school diende bestuurd te worden door een rechtspersoon, die rechtspersoon mocht geen winst beogen, elke school behoorde een hoofd der school te kennen en het minimumaantal docenten werd afhankelijk gesteld van het aantal leerlingen.

229 *Kamerstukken II* 1993/94, 23134, nr. A, p. 7, *Kamerstukken II* 1994/95, 24137, nr. A, p. 7 en *Kamerstukken II* 1994/95, nr. A, p. 7.

230 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 8 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 4.

231 *Kamerstukken II* 2004/05, 30183, nr. 1, p. 11 (Nota Governance in het onderwijs).

232 *Handelingen I*, 2 februari 2010, 17, p. 734: “Artikel 23 is natuurlijk een levend artikel. Het zal altijd geplaatst moeten worden in de maatschappelijke context die uiteindelijk in deze Kamer getoetst moet worden. Wij moeten het artikel zo neerleggen dat het de toetsing daadwerkelijk kan doorstaan.”

233 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 18.

B. Primaat van het rechtspersonenrecht?

Een tweede opmerking betreft de verhouding tussen het algemeen rechtspersonenrecht en de onderwijswetgeving. De opmerking is relevant omdat vrijwel alle onderwijsorganisaties thans een privaatrechtelijke rechtsvorm kennen. Het Burgerlijk Wetboek kent een regeling voor de inrichting van rechtspersonen en de taak van het bestuur. Die regeling is weliswaar beperkt van opzet maar wel uitgebreid becommentarieerd en wordt met regelmaat ter toetsing voorgelegd aan de rechter. Dat enkele gegeven biedt rechtszekerheid en geeft bestuurders en intern toezichthouders houvast bij de uitoefening van hun functie. De kans is groot dat die rechtszekerheid verder wordt vergroot op het moment dat in het verenigingen- en stichtingenrecht de raad van toezicht naar analogie van het vennootschapsrecht een eigen wettelijke regeling krijgt.²³⁴

Deze door het algemeen rechtspersonenrecht geboden rechtszekerheid neemt af op het moment dat in de onderwijswetgeving aanvullende of afwijkende bepalingen worden opgenomen, zeker als die door hun formulering of beperkte toelichting vragen oproepen. In de voorafgaande paragrafen zijn daar enkele voorbeelden van genoemd. Onder meer Overes lijkt om die reden een voorstander van een primaat van het algemeen rechtspersonenrecht.²³⁵ Mij lijkt, met Vermeulen en Zoontjens, niet goed vol te houden dat het rechtspersonenrecht altijd voorgaat op de onderwijswetgeving of andersom.²³⁶ Het is in elk geval geen wet van Meden en Perzen. De vraag is mijns inziens vooral of aanvullingen en uitwerkingen in de onderwijswetgeving op het algemeen rechtspersonenrecht wel van voldoende kwaliteit zijn. Een nadere regeling moet een duidelijke meerwaarde bieden ten opzichte van het in het Burgerlijk Wetboek beschreven algemene kader, zonder dat die nadere regeling strijdig is met het door artikel 23 Grondwet beschermde voortvloeiende beginsel van terughoudendheid terzake de inrichting van het onderwijs.

C. Scheiding bestuurlijke en onderwijskundige leiding

Een derde opmerking bij de scheiding bestuur en intern toezicht is of het niet verstandiger is om vooral een onderscheid te maken tussen de onderwijskundige leiding enerzijds en bestuurlijke leiding anderzijds. Niet ondenkbaar is bijvoorbeeld dat het bij kleinere eenheden vooral wenselijk is om de onderwijskundige leiding te beleggen bij de directeur en de bestuurlijke functie voor het overige bij het bestuur. Een goede schooldirecteur van een kleine school zou zich niet verplicht moeten voelen om ook alle bestuurlijke functies op zich te nemen,²³⁷ zeker niet als die competenties binnen het bestuur en in de maatschappe-

234 Zie artikel 2:11 BW Nieuw (wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen; *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2).

235 Overes 2011, p. 85. Zie ook Verdam 2011, p. 189.

236 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 85.

237 Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 7, p. 16-17 (Advies Onderwijsraad bij wetsvoorstel).

lijke omgeving van de school voldoende gewaarborgd zijn. Bij grotere, meer complexe onderwijsorganisaties is doorgaans sprake van een decentralisatie van bevoegdheden opdat directeuren, rectoren en decanen kunnen worden belast met de verantwoordelijkheid met de algemene leiding van de eigen organisatorische eenheid. In die situaties heeft zowel het bestuur als de raad van toezicht een toezichthoudende rol. De huidige zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht legt echter de nadruk op de alomvattendheid van de bestuurlijke functie. Dat verhoogt de verwachtingen omtrent de bestuurskracht van het bestuur van de onderwijsorganisatie en miskent dat bestuurders en intern toezichthouders zich samen vooral richten op het besturen en intern toezicht houden terwijl het onderwijskundig leiderschap decentraal invulling krijgt.

D. Verhouding tussen intern toezichthouders en ‘derden’

Een laatste opmerking betreft de soms nauwe relatie tussen intern toezichthouders enerzijds en medezeggenschapsraden en (lokale) overheden anderzijds. Zij hebben diverse voordrachtsrechten en overlegverplichtingen en bij het openbaar onderwijs worden de toezichthouders benoemd door de gemeenteraad of (bij de openbare universiteiten) de minister. De plicht tot onafhankelijkheid kan botsen met een nauwe relatie tussen intern toezichthouders en die ‘derden’. Nauw contact kan echter wenselijk zijn en de kwaliteit van het intern toezicht is gebaat bij informele contacten. Dat draagt bij aan de informatieverzameling, kan het vertrouwen in het functioneren van de *checks and balances* versterken en houdt scherp. De WRR en de VTOI lijken zich van het belang van goede informele verhoudingen met derden bewust.²³⁸ Beide zoeken de oplossing in het delen van *best practices*, scholing en training, debatmomenten en betere gebruikmaking van (alternatieve) verantwoordingsfora met mensen uit de organisatie zelf, zoals controllers en medezeggenschapsraden. Het kunnen ook nieuwe verantwoordingsfora met relevante buitenstaanders zijn, zoals een raad van maatschappelijke belanghebbenden.

In zijn algemeenheid geldt dat met de keuze voor de scheiding van de functies bestuur en intern toezicht, de afstand tussen vooral de raad van toezicht en de medezeggenschap groter is geworden.²³⁹ In de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen wordt geprobeerd deze afstand te beperken met extra overlegverplichtingen.²⁴⁰ Deze overlegverplichtingen sluiten aan bij de wens van de overheid om in alle sectoren de cultuur van besturen te bevorderen.²⁴¹ Hierbij gelden echter wel twee bezwaren. Allereerst is het voorstel weinig terughoudend omdat de branchecodes voor goed bestuur al oproepen tot

238 WRR 2014a, p. 78 en VTOI 2012.

239 Research voor Beleid, *Evaluatie Wet Medezeggenschap op Scholen, Eindrapport*, Zoetermeer, maart 2012, p. 38-39 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33223, nr. 1). Zie ook Sperling & Foppen 2014, p. 5-9.

240 Zie bijvoorbeeld artikel 17c lid 3 Wpo in *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 2.

241 *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 69, p. 9.

een goed contact tussen de medezeggenschap en de intern toezichthouder. Het tweede bezwaar is dat een verdere wettelijke uitwerking van de onderlinge verhoudingen de relatie tussen medezeggenschap en raad van toezicht onnodig formalistisch maakt en in potentie tegengesteld is. Het risico bestaat dat de raad van toezicht een interne beroepsinstantie wordt en het doorbreekt de mogelijkheid om intern toezicht en medezeggenschap meer te bundelen.²⁴²

De relatie tussen intern toezichthouders en (lokale) overheden roept vooral in het openbaar onderwijs vragen op. Die intern toezichthouders worden immers benoemd door de gemeenteraad of de minister van OCW. Als gevolg komt soms de vraag op naar wiens belang zij zich hebben te richten. Op basis van het algemeen rechtspersonenrecht zou men, al dan niet naar analogie voor de publiekrechtelijke bestuursvormen, kunnen betogen dat commissarissen zich in eerste instantie hebben te richten naar het belang van de onderwijsorganisatie en de met die onderwijsorganisatie verbonden instelling.²⁴³ Daar staat echter tegenover dat bewindslieden hier soms anders over denken. Zo werd in 1996 over de raad van toezicht bij de openbare universiteiten opgemerkt dat de raad van toezicht een orgaan is “dat optreedt voor de overheid”.²⁴⁴

4.6 ZORGPLICHT INTERNE BESTUURSORGANISATIE

4.6.1 *Inleiding*

Met uitzondering van de eenpitters houden de meeste organisaties in het primair en voortgezet onderwijs meerdere scholen in stand die alle een eigen BRIN-nummer hebben toegekend gekregen van de minister van OCW, een eigen schoolleiding hebben en die relatief zelfstandig functioneren. De onderwijsorganisaties in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs houden op hun beurt doorgaans één instelling in stand, maar binnen die instelling zijn vervolgens organisatorische eenheden ingericht als colleges,

242 Niet voor niets wordt soms wel nagedacht over de vorming van een bredere raad van belanghebbenden of maatschappelijk stakeholders als vervanging van de raad van toezicht en de medezeggenschap. Zie o.a. Huisman 2014b, p. 13-14 en VTOI 2012, p. 7.

243 Zie ook Louw 2011, p. 385.

244 *Kamerstukken II* 1995/96, 24646, nr. 5, p. 35. Soortgelijke overwegingen zijn “De raad van toezicht heeft een verantwoordingsplicht jegens de overheid” (*Kamerstukken II* 1995/96, 24646, nr. 3, p. 11) en de raad van toezicht “is uitsluitend verantwoording verschuldigd aan de minister”, *Kamerstukken II* 1995/96, 24646, nr. 3, p. 18).

‘schools’, faculteiten, locaties of instituten. Een klein aantal onderwijsorganisaties in deze twee sectoren houdt meer dan één onderwijsinstelling in stand.²⁴⁵

In deze paragraaf wordt ingegaan op de interne bestuursorganisatie en de verdeling van taken en bevoegdheden. Onder ‘interne bestuursorganisatie’ wordt verstaan de wijze waarop binnen onderwijsorganisaties taken en bevoegdheden zijn verdeeld tussen het bestuur en de diverse directeuren die hun rol titulair vervullen. In paragraaf 4.6.2 wordt de interne bestuursorganisatie en de mogelijkheid tot verdeling van taken en bevoegdheden besproken vanuit rechtspersonenrechtelijk perspectief. In paragraaf 4.6.3 staat het bestuursrechtelijk perspectief voorop.

Een opmerking vooraf is dat tot de onderwijsrechtelijke regeling van het raad van toezicht-model veel besturen op afstand functioneerden. Met de blik van nu is daardoor niet altijd even inzichtelijk tot wie beleidsmakers, politiek en onderwijswetgever zich in het verleden richten. Een tweede opmerking vooraf is dat de diverse bepalingen in de onderwijswetgeving die van betekenis zijn voor de interne bestuursorganisatie niet als zorgplichten zijn geformuleerd. Toch is ervoor gekozen om het geheel aan verplichtingen en bepalingen betreffende de inrichting van de interne bestuursorganisatie als een zorgplicht te benaderen. De reden daarvoor is dat voor alle vier de sectorwetten geldt dat de onderwijsorganisatie een managementstatuut of bestuursreglement moet kennen en dat dit document door het bevoegd gezag moet worden vastgesteld (artikel 31 lid 1 Wpo, artikel 32c lid 1 Wvo, artikel 9.1.7 Web en artikelen 9.4 en 10.3b Whw). Het bestuur is voorts vanuit zijn werkgeversrol verantwoordelijk voor het aanstellen/benoemen, belonen en ontslaan van de diverse directeuren. Tot slot is in artikel 4 lid 3 Wot de bepaling opgenomen dat de intensiteit van het toezicht door de Inspectie van het Onderwijs onder meer afhankelijk is “van de wijze waarop de professionaliteit van de instelling en het bestuur is gewaarborgd”. Dit geheel pleit voor een benadering van het geheel als een zorgplicht interne bestuursorganisatie. Deze zorgplicht is als zodanig niet als zelfstandige bekostigingsvoorwaarde handhaafbaar maar meerdere elementen ervan wel.

245 Voorbeelden daarvan zijn Stichting Onderwijsgroep Tilburg en Stichting ROC West-Brabant. Deze beide onderwijsorganisaties houden binnen dezelfde rechtspersoon zowel een regionaal opleidingscentrum in stand als meerdere scholen voor voortgezet onderwijs. Tot 2012 hield de Vereniging Vrije Universiteit een hogeschool (Windesheim), een universiteit (VU) en een academisch ziekenhuis (VUmc) in stand.

4.6.2 *Interne bestuursorganisatie en het algemene rechtspersonenrecht*

A. Grondstructuur interne bestuursorganisatie vereniging en stichting

Bij de inrichting van de interne bestuursorganisatie moet een onderscheid worden gemaakt tussen (1) het uitoefenen van taken en bevoegdheden van het bestuur ('besturen') en (2) het vertegenwoordigen van de stichting of vereniging. Dit onderscheid vinden we terug in de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek die voor de vereniging en de stichting de bestuursbevoegdheid regelen (artikel 2:44/291 BW) en de vertegenwoordigingsbevoegdheid (artikel 2:45/292 BW). Het onderscheid is relevant omdat degene die vertegenwoordigt niet ook degene hoeft te zijn die het voorafgaande bestuursbesluit heeft genomen. Het onderscheid is voorts relevant omdat besturen in beginsel een interne taak is en pas in het kader van de vertegenwoordiging een rechtsrelatie ontstaat tussen de rechtspersoon en de ander.

Het Burgerlijk Wetboek richt zich enkel op de bevoegdheden van het bestuur en de uitoefening daarvan door dat bestuur; en niet op de verdeling van bevoegdheden aan anderen en de uitoefening door hen van die bevoegdheden.²⁴⁶ Binnen dit kader is de vormgeving van de interne bestuursorganisatie bij stichtingen vormvrij.²⁴⁷ Dat geldt ook voor verenigingen, met dien verstande dat het Burgerlijk Wetboek wel de minimale voorwaarden regelt die gelden in de rechtsverhouding tussen de algemene ledenvergadering en het bestuur. Dit ter borging van het ledenkarakter van de vereniging als democratische rechtsvorm.

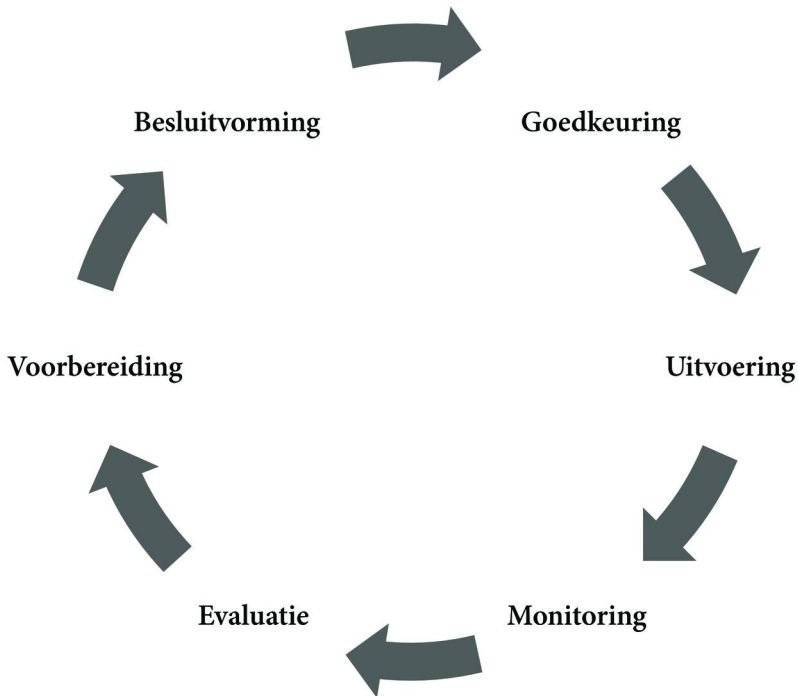
Een tweede onderscheid van belang voor de inrichting van de interne bestuursorganisatie is die tussen de besluitvorming en handelen (voorbereiden en uitvoeren). Dit onderscheid kan inzichtelijk worden gemaakt door te kijken naar de besluitvormingscyclus.²⁴⁸ De besluitvormingscyclus maakt inzichtelijk dat er binnen een onderwijsorganisatie sprake is van meerdere fasen van besluitvorming. Niet in elke fase is sprake van het daadwerkelijk nemen van een besluit, het verrichten van een rechtshandeling of vertegenwoordiging. De bevoegdheid tot formele besluitvorming berust doorgaans bij het bestuur. In de overige fasen kunnen vele anderen worden betrokken.

246 Schmieman, *T&C Boek 2, Titel 6 Burgerlijk Wetboek*, Inleidende opmerkingen, aant. 2 (bijgewerkt 1 juli 2014).

247 Dat kan veranderen op het moment dat in het Burgerlijk Wetboek bepalingen worden opgenomen betreffende de regeling van het raad van toezicht-model. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2 (wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

248 In hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 benut ik deze besluitvormingscyclus ook bij de bespreking van de publiek-rechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Ook Tjong Tjin Tai deed dat eerder: Tjong Tjin Tai 2014, p. 1474-1478 en Hartlief 2014, p. 70-72.

Figuur 4.6.2 Besluitvormingscyclus



B. Toekenning en verdeling van bestuursbevoegdheid aan anderen dan het bestuur

Beperking bestuursbevoegdheid krachtens de statuten

De bestuursbevoegdheid van het bestuur kan in de statuten worden beperkt, aldus artikel 2:44/291 lid 1 BW. Deze mogelijkheid biedt de ruimte om een aantal bevoegdheden die in beginsel tot de bevoegdheid van het bestuur behoren, toe te kennen aan andere organen van de rechtspersoon of derden.²⁴⁹ Zo is bij stichtingen niet ongebruikelijk dat de statuten

²⁴⁹ De beperking van de bestuursbevoegdheid kan ook een inhoudelijke zijn. Zo blijkt uit artikel 2:291 lid 2 BW dat bijvoorbeeld de bevoegdheid tot besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt in de statuten expliciet als bestuursbevoegdheid moet worden benoemd. Deze verplichting moet het stichtingsvermogen beschermen. Het voorbeeld maakt duidelijk dat het mogelijk is specifieke besluiten uit te sluiten of niet alleen aan voorwaarden te verbinden maar ook aan beperkingen. Een voorbeeld van zo'n beperking is dat het bestuur alleen maar mag besluiten om in de gemeente x een registergoed in eigendom te nemen of alleen maar bij in Nederland gevestigde banken een lening mag aangaan.

bepalen dat een andere rechtspersoon of de raad van toezicht bevoegd is te besluiten over een wijziging van de statuten. Ook bepalen de meeste statuten van onderwijsorganisaties dat het besluit tot aanwijzing van de accountant van de onderwijsorganisatie tot de bevoegdheid van de raad van toezicht behoort.²⁵⁰

De bestuursbevoegdheid kan niet onbegrensd worden beperkt. In de literatuur en de jurisprudentie wordt wel aangenomen dat – hoewel het Burgerlijk Wetboek hieraan geen grenzen stelt – de bevoegdheden van het bestuur niet geheel en met uitsluiting kunnen worden overgeheveld aan een ander orgaan of een derde.²⁵¹ Dat zou immers betekenen dat het bestuur feitelijk niet langer zijn bestuursstaak kan vervullen. De vraag is natuurlijk waar die grens ligt. Groeneveld-Louwerse heeft in 2004 getracht de grens te zoeken in zogeheten kernbevoegdheden en niet-kernbevoegdheden.²⁵² Kernbevoegdheden zijn die bevoegdheden die noodzakelijk zijn voor het behoorlijk kunnen vervullen van de bestuurlijke taak en omvatten volgens haar onder meer de volgende bevoegdheden:

1. het leiding geven aan de rechtspersoon;
2. het uitoefenen en eindverantwoordelijkheid dragen voor de taken en bevoegdheden die het bestuur zijn opgelegd respectievelijk toekomen in het kader van de administratie en de financiën van de vereniging of stichting. Bij stichtingen brengt dit mee dat het bestuur de begroting en de jaarrekening moet kunnen vaststellen;
3. het vertegenwoordigen van de vereniging of stichting, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit;
4. het uitoefenen van de bevoegdheden die krachtens dwingend recht aan het bestuur zijn toegekend inzake juridische fusie of juridische splitsing.

Verdeling taken en bevoegdheden bestuur

Het onderscheid tussen kern- en niet-kernbevoegdheden sluit aan op het uitgangspunt dat anderen dan het bestuur kunnen worden belast met voorbereidende, uitvoerende, adviserende en evaluerende taken en bevoegdheden. Dat uitgangspunt biedt ruimte om (a) binnen het bestuur een portefeuilleverdeling tot stand te brengen, (b) het intern toezichthoudend orgaan de voor het interne toezicht noodzakelijke bevoegdheden toe te kennen en (c) taken en bevoegdheden zo te verdelen dat personen binnen de rechtspersoon een zekere mate van autonomie verkrijgen. Een dergelijke toekenning en verdeling tasten de uiteindelijke bestuursbevoegdheid niet aan.

250 Zie modelstatuten VTOI, www.vtoi.nl.

251 Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 187 met een verwijzing naar Gerechtshof Den Haag 1 juni 2010, RO 2010/61.

252 Groeneveld-Louwerse 2004, p. 106-114.

De meeste beperkingen van de bestuursbevoegdheid zijn in de praktijk aan te merken als verdelingen van taken en bevoegdheden van het bestuur. Bij een toekenning door het bestuur van eigen bestuurlijke taken en bevoegdheden aan niet-bestuurders blijft de oorspronkelijke bestuursverantwoordelijkheid overeind. Als aan een directeur, een rector, een schoolleider of zakelijk directeur een bestuurlijke taak of bevoegdheid is toegekend, blijft het bestuur eindverantwoordelijk voor de uitoefening van die bevoegdheden. Zolang het bestuur een taak of bevoegdheid zelf heeft – en die dus niet bij wet of de statuten zijn uitgesloten – is een interne verdeling niet-privatief.²⁵³

Het niet-privatieve karakter van de verdeling van taken en bevoegdheden heeft als effect dat een toekenning altijd kan worden herroepen of gewijzigd. Overes gaf in 1995 aan dat dit de positie van de directie ten opzichte van het bestuur in potentie zwak maakt.²⁵⁴ De vraag is of hier al te zwaar aan moet worden getild. Directeuren hebben krachtens hun functieomschrijving of arbeids- of managementovereenkomst vaak afspraken met het bestuur betreffende de eigen taken en bevoegdheden. Daarnaast geldt dat de interne bevoegdheidsverdeling doorgaans is beschreven in reglementen als het management- of het directiestatuut dan wel bestuursreglement.

C. Toekenning en verdeling van vertegenwoordigingsbevoegdheid

Wijze van toekenning vertegenwoordigingsbevoegdheid

Vertegenwoordiging van de onderwijsorganisatie door andere personen dan bestuurders is op twee manieren mogelijk. De eerste mogelijkheid is om in de statuten de vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen aan en te verdelen over anderen dan het bestuur of individuele bestuurders (artikel 2:45/292 lid 4 BW). Een tweede mogelijkheid tot toekenning van de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan een ander dan het bestuur is de gebruikmaking van de figuur van volmacht. De inhoud van de volmacht kan worden benoemd in een intern reglement, managementstatuut of bestuursbesluit en ten behoeve van de externe binding worden ingeschreven in het handelsregister van de Kamers van Koophandel. Een volmacht is de bevoegdheid om in naam van een ander privaatrechtelijk rechtshandelingen te verrichten. Een volmacht kan algemeen of bijzonder zijn en voor een korte of lange duur worden verstrekt.

Voorbeelden van vertegenwoordigingshandelingen waarvan het al snel wenselijk is dat directeuren die verrichten, zijn het aannemen van personeel, het voeren van functionerings- en beoordelingsgesprekken en het kopen van leermiddelen.

²⁵³ Overes 1995, p. 73.

²⁵⁴ Overes 1995, p. 73.

4.6.3 *Interne bestuursorganisatie en het bestuursrecht*

A. Publiekrechtelijke bestuursbevoegdheid als vereiste

Niet alleen het rechtspersonenrecht biedt de mogelijkheid intern bevoegdheden toe te kennen aan en te verdelen over anderen dan het bestuur. Ook de Awb bevat een regeling die interne toekenning en verdeling van bestuursrechtelijke bestuursbevoegdheden mogelijk maakt. Bij het verdelen van bestuursbevoegdheden zijn een drietal figuren het bespreken waard: (1) attributie, (2) delegatie en (3) mandaat. Om een publiekrechtelijke bestuursbevoegdheid te kunnen delegeren of te kunnen mandateren dient degene die daartoe overgaat zelf deze bestuursbevoegdheid te hebben. In hoofdstuk 3 bleek al dat het aantal onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden gericht op het verrichten van rechtshandeling met publiekrechtelijk rechtsgevolg vrij beperkt is. Ook is niet altijd helder aan wie de bestuursbevoegdheid toekomt.

B. Attributie

Attributie houdt kort gezegd in dat bij wettelijk voorschrift publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden worden toegekend aan een alsdan als bestuursorgaan aan te merken rechtssubject of ambt. De wet schept de bestuursbevoegdheid en kent die toe aan een aan te duiden bestuursorgaan.²⁵⁵ De bijbehorende deconcentratie houdt in dat een bevoegdheid niet aan de “top van de bestuurlijke piramide” of rechtspersoon zelf wordt geattribueerd, maar aan lagere bestuursorganen binnen die rechtspersoon.²⁵⁶ Dit is vooral bij de overheid passend aangezien een politieke verantwoordelijkheid voor die attributie resteert.

De meerwaarde van attributie van wettelijke bestuursbevoegdheden aan ‘lagere’ bestuursorganen in het onderwijs is, zeker voor zover de vervulling van die bevoegdheden wordt gehandhaafd via de lijn van de bekostiging, gering. Immers, die ‘lagere’ bestuursorganen leggen geen externe verantwoording af aan de overheid over de wijze waarop zij hun bestuursbevoegdheden uitoefenen. Hoogstens benadrukken dergelijke attributies de onafhankelijkheid van de betreffende bestuursorganen binnen de onderwijsorganisatie. Dat lijkt ook een reden waarom het aantal attributies aan anderen dan de onderwijsorganisatie als rechtspersoon, het bestuur van die onderwijsorganisatie of het bestuur van de onderwijsinstelling, beperkt is. Mogelijk is dat ook de reden dat de voorbeelden die terug te vinden zijn in de onderwijssectorwetten, vooral zien op bestuursbevoegdheden betreffende de beoordeling van de competenties van leerlingen en studenten (onderwijskundige oordeelsvorming). De artikelen 7.11 en 7.12 Whw regelen bijvoorbeeld dat de door het instellingsbestuur ingestelde en benoemde examencommissie bevoegd is om vast te stellen

²⁵⁵ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 117.

²⁵⁶ Zijlstra 2009, p. 17.

of een student aan de voorwaarden heeft voldaan voor het verkrijgen van een graad en het uitreiken van het bijbehorende getuigschrift. De directeur van een school heeft de bevoegdheid de diplomaverklaring te ondertekenen (zie artikel 31 Wvo) en de directeur is bevoegd om het onderwijskundig rapport op te stellen (artikel 42 lid 1 Wpo). In dergelijke situaties bestaat kennelijk de wens om nadrukkelijk te deconcentreren.

C. Delegatie

Delegatie in het bestuursrecht houdt in het overdragen van een bestuursbevoegdheid aan een ander die deze bestuursbevoegdheid onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent (artikel 10:13 Awb). Delegatie is slechts mogelijk als de wet daarin expliciet voorziet. Delegatie van publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden behoeft een wettelijke basis (artikel 10:16 Awb).

Degene die een bestuursbevoegdheid gedelegeerd heeft gekregen, verkrijgt de bevoegdheid om besluiten te nemen met publiekrechtelijk rechtsgevolg. Degene die de bevoegdheid overdraagt, kan die bevoegdheid niet meer zelf uitoefenen (artikel 10:17 Awb). Dat beperkt in theorie de verantwoordelijkheid van degene die heeft overgedragen.

Directeuren, schoolleiders en rectoren zijn ‘ondergeschikt’ aan het bestuur en hebben geen rechtstreekse relatie met de overheid of de externe toezichthouder. Dit brengt mee dat in het onderwijs slechts beperkt ruimte bestaat voor het delegeren van publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden. Immers, de overheid heeft een rechtsverhouding met de onderwijsorganisatie als rechtspersoon. Het bestuur vertegenwoordigt de onderwijsorganisatie bij het afleggen van externe verantwoording en de gedelegeerde is niet het aanspreekpunt van de Inspectie van het Onderwijs. Toch wordt door de onderwijswetgever met enige regelmaat het begrip delegatie gehanteerd of worden daaraan verwante begrippen als ‘overdracht’ en ‘overdragen’ gebruikt.²⁵⁷

De achtergrond van deze formuleringen is ook nu de wens om de uitoefening van bepaalde taken en bevoegdheden te deconcentreren. De nota ‘Meer over Management’ definieerde in 1985 het begrip delegatie bijvoorbeeld als volgt: “overdracht van een bevoegdheid door het bestuursorgaan waaraan deze is gegeven aan een ander orgaan, dat de overgedragen bevoegdheid als eigen bevoegdheid zal uitoefenen”.²⁵⁸ Deze definitie getuigt van een zekere voorkeur van onderwijswetgever en overheid voor een flexibele benadering van het begrip delegatie in het onderwijs. Dubelaar wees er bij de introductie van de bevoegdheid tot

²⁵⁷ In het funderend onderwijs zien we het begrip ‘overdragen’ bijvoorbeeld terug in de artikelen 30a Wpo en 32b1 Wvo. De wetgever doet dit ook bij bijzondere onderwijsorganisaties, zo valt op te maken uit de Whw (artikel 10.3 en 10.3b Whw) en de Web (artikel 9.1.7 Web).

²⁵⁸ *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2, p. 34.

delegatie in het middelbaar beroepsonderwijs in 1991 echter al terecht op dat delegatie moeilijk hanteerbaar was voor schoolbesturen in het bijzonder onderwijs door hun gebondenheid aan het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht.²⁵⁹ Hij meende dat met de traditionele mandaatconstructie een voldoende slagvaardig management mogelijk was. Overes steunde die redenering.²⁶⁰

Over de (on)mogelijkheid van delegatie binnen privaatrechtelijk vormgegeven onderwijsorganisaties is het enige te doen geweest.²⁶¹ Het voorstel van Zoontjens en Vermeulen om in het kader van de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb de mogelijkheid van delegatie aan de centrale directie op te nemen in de Wpo werd door minister Hermans afgewezen.²⁶² Handhaving van de mandaatconstructie maakte volgens hem duidelijk dat het bevoegd gezag en niet de centrale directie het aanspreekpunt was voor de minister van OCW. Volgens minister Hermans kon delegatie *de facto* niet aan de orde zijn omdat de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag niet ophield na delegatie. De opvatting dat de toedeling of overdracht van bestuursbevoegdheden in statuten of reglementen aan bijvoorbeeld management of directie in het bijzonder onderwijs al wel mogelijk was, werd in 2006 gedeeld door Zoontjens, Delnooz en Vermeulen.²⁶³ De redenering van onder meer de VOS/ABB was echter dat in elk geval voor wat betreft het openbaar onderwijs er een wettelijke basis voor delegatie behoorde te zijn om de functies bestuur en intern toezicht daadwerkelijk te kunnen scheiden.²⁶⁴ Dit pleidooi lijkt door Vermeulen en Zoontjens ondersteund te zijn met het oog op de rechtszekerheid; ook voor stichtingen voor openbaar onderwijs.²⁶⁵ Ondanks de opmerking van staatssecretaris Dijkzwaag in 2009 dat delegatie van bestuursbevoegdheden in het bijzonder primair en voortgezet onderwijs eigenlijk al mogelijk zou zijn op basis van een regeling in de statuten, werd uiteindelijk in 2010 toch de mogelijkheid tot delegatie in de artikelen 30a Wpo en 32b1 Wvo toegevoegd.²⁶⁶

Hetgeen hier lijkt te wringen is de semantische verwarring tussen het privaatrechtelijke idee van delegatie (inhoudende dat een ander dan het bestuur taken verricht) en de in artikel 10:13 Awb bedoelde delegatie (overdracht van bestuursbevoegdheden). De in de artikelen 30a Wpo en 32b1 Wvo benoemde delegatiemogelijkheid lijkt zich uit haar aard te beperken tot het openbaar onderwijs in stand gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen.

259 Dubelaar 1991, p. 18-22.

260 Overes 1995, p. 23-26.

261 Kortmann, Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 127-129.

262 *Kamerstukken II* 2000/01, 27265, nr. 6, p. 4.

263 Zoontjes, Delnooz & Vermeulen 2005, p. 21 en Vermeulen & Zoontjens 2006, p. 12-13.

264 Te Bos 2004, p. 85.

265 Vermeulen & Zoontjens 2006, p. 12-13.

266 *Kamerstukken II* 2009/10, 31828, nr. C, p. 17.

D. Mandaat

De mogelijkheid om publiekrechtelijke bevoegdheden te mandateren volgt uit artikel 10:3 lid 1 Awb. Mandaat is de bevoegdheid om namens een bestuursorgaan besluiten te nemen (artikel 10:1 Awb) en uitoefening van het mandaat bindt de mandaatverlener (artikel 10:2 Awb). Een mandaat kan worden verleend aan ondergeschikten. Bij een mandaat behoudt de mandaatverlener de eindverantwoordelijkheid voor de uitoefening van de bevoegdheid. Uitgaande van de bekostigingsrelatie tussen overheid en onderwijsorganisaties is de rechtsfiguur mandaat bij uitstek geschikt voor het verdelen van bevoegdheden binnen onderwijsorganisaties, zowel voor het openbaar als het bijzonder onderwijs.

Net als het begrip delegatie wordt het begrip mandaat in het onderwijs door de overheid en beleidsmakers vaak in algemene zin gebruikt. Een vroege beschrijving treffen we ook nu aan in de nota “Meer over Management”; mandaat is “de machtiging door het bestuursorgaan, waaraan een bevoegdheid is gegeven, aan een ander tot het in naam en onder verantwoordelijkheid van het eerder bedoelde orgaan uitoefenen van deze bevoegdheid”.²⁶⁷ Die formulering sluit niet aan op de Awb en heeft daarom juridisch beperkte waarde. In beleidsprocessen wordt het begrip mandaat ook wel benut in de betekenis van draagvlak of interne beslissingsbevoegdheid. Het begrip mandaat wordt ook wel begrepen als privaatrechtelijke volmacht of machtiging. De spraakverwarring is hierdoor groot.

Een deel van deze spraakverwarring kan worden weggenomen door steeds aan te geven van wat voor soort mandaat sprake is. Konijnenbelt onderscheidt bijvoorbeeld drie soorten mandaatsfiguren die alle een toekenning van een handelingsbevoegdheid inhouden: (1) het beslissingsmandaat (de bevoegdheid om het besluit te nemen), (2) het uitvoeringsmandaat (hetgeen uitgaat van het eerder al dan niet op hoofdlijnen genomen besluit) en (3) het ondertekeningsmandaat.²⁶⁸ Een aanvullende mogelijkheid is om bij elke mandatering van taken en bevoegdheden steeds het onderscheid duidelijk te maken tussen: (a) het mandaat om een publiekrechtelijk besluit te nemen, (b) de volmacht tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling (geregeld in artikel 3:60 BW) en (c) de machtiging tot het verrichten van feitelijke handelingen.

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2, p. 34.

²⁶⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2014, p. 130-131.

4.6.4 *Regeling interne bestuursorganisatie: primair en voortgezet onderwijs*

A. Hoofd van de school als klassiek uitgangspunt (artikelen 29 Wpo en artikel 32 lid 2 Wvo)

De Wpo en de Wvo gaan beide uit van een hiërarchische verhouding tussen bestuurders en het overige personeel, daaronder begrepen directeuren, rectoren en schoolleiders. Deze hiërarchie vloeit voort uit de voor de onderwijsorganisatie geldende bekostigingsvoorwaarde dat aan te stellen en te benoemen personeel moet voldoen aan de uit de Wpo en de Wvo volgende bekwaamheidsvereisten.²⁶⁹ De hiërarchie volgt voorts uit het gegeven dat personeel wordt benoemd, geschorst en ontslagen door het bevoegd gezag (artikel 33a en 34 Wpo en artikel 39 en 39a Wvo). Zowel in de Wpo als in de Wvo vinden we de bepaling terug dat aan een school een directeur is verbonden (artikel 29 Wpo en artikel 32 lid 2 Wvo).

De terminologie verschilt iets. Artikel 32 lid 2 Wvo is treffend doordat wordt gesproken over “het hoofd van een school”. De zinsnede ‘hoofd van een school’ is klassiek. Reeds in de Lager onderwijswet 1857 werd voor het openbaar onderwijs bepaald dat de hoofdonderwijzer werd benoemd door de gemeenteraad en dat bij meer dan zeventig leerlingen de hoofdonderwijzer zich moest laten bijstaan.²⁷⁰ In de Lager onderwijswetten van 1878 en 1889 wordt gerept van een “hoofd der school” die aan het “hoofd van” de school is “geplaatst”.²⁷¹ In de Lager onderwijswet 1920 en de Wet op het voortgezet onderwijs 1968 wordt deze keuze voortgezet. De verplichting om een hoofd van de school te hebben, gold zowel voor het openbaar onderwijs als voor het bijzonder onderwijs.²⁷²

Het aanwezig zijn van een directeur of hoofd van een school is geformuleerd als wettelijk voorschrift; en dus een voorwaarde voor bekostiging. In het primair onderwijs is expliciet bevestigd dat van deze verplichting kan worden afgeweken door een bovenschools management te benoemen (artikel 29 lid 5 Wpo). In het voortgezet onderwijs is die mogelijkheid niet benoemd, maar volgt zij uit het gegeven dat een directeur van een school geen volledige functie hoeft te zijn.²⁷³ Dit heeft als effect dat een directeur bij meerdere scholen gelijktijdig directeur kan zijn. Ook biedt de Wvo de mogelijkheid tot het instellen van een centrale directie (artikel 32a Wvo).

269 De eisen betreffende de aanstelling en benoeming van personeel volgen uit de artikelen 32-34 Wpo en de artikelen 33-37a Wvo.

270 Artikel 18 en 22 Lager-onderwijswet 1857.

271 Artikel 23 en 24 Lager-onderwijswet 1878 en artikel 54bis lid 1 onder 4 Lager-onderwijswet 1889.

272 Artikel 27 lid 1 en artikel 89 lid 5 Lager onderwijswet 1920 en artikel 30 en 94 lid 1 Wet op het voortgezet onderwijs 1968 (Mammoetwet).

273 Zie ook *Kamerstukken II* 1990/91, 22157, nr. 3, p.13.

Artikel 29 Wpo

1. Aan elke school zijn 1 of 2 directeuren verbonden, bij wie onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag de onderwijskundige, organisatorische en huishoudelijke leiding berust. De directeur van een school kan tevens directeur zijn van een andere school of van een school als bedoeld in de Wet op de expertisecentra.

Artikel 32 Wvo

2. Aan het hoofd van een school voor voorbereidend wetenschappelijk onderwijs staat een rector, aan het hoofd van een school voor algemeen voortgezet onderwijs, voorbereidend beroepsonderwijs en praktijkonderwijs een directeur.

Artikel 30a Wpo

1. Het bestuur kan hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden overdragen aan de directeur van de school of indien toepassing is gegeven aan artikel 29, vijfde lid, het in dat artikellid bedoelde personeel voor zover dat is belast met managementtaken met betrekking tot de scholen en de scholen, bedoeld in de Wet op de expertisecentra.

Artikel 32b1 Wvo

1. Het bestuur kan hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden overdragen aan de centrale directie, de rector of de directeur van de school.

B. Hoofd van de school is belast met de dagelijkse onderwijskundige leiding

Het hoofd van de school werd, aldus de Lager onderwijswet 1878, geacht een onderwijzer te zijn die “de lessen der school bestuurt”.²⁷⁴ Dit suggereert dat het hoofd van een school vanaf het begin geacht werd belast te zijn met de onderwijskundige leiding op de school en de verantwoordelijkheid voor de taakverdeling binnen de school. De wettelijke verplichting om een hoofd van de school te hebben had een vroege functiescheiding tot gevolg tussen het bestuur van de onderwijsorganisatie en het hoofd van de school. De gemeenteraad of het bestuur van de school stond als bevoegd gezag op afstand en had geen bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken op de school. Die functiescheiding sluit aan bij het huidige artikel 29 lid 1 Wpo dat bepaalt dat bij een directeur “de onderwijskundige, organisatorische en huishoudelijke leiding berust”.

Het toekennen van taken en bevoegdheden aan het hoofd van de school is geen wettelijke verplichting maar een bestuursbevoegdheid. De artikelen 30a Wpo en 32b1 Wvo gaan beide uit van een zogeheten ‘kan-bepaling’. Welke taken en bevoegdheden aan de schoolleiding worden gemandateerd is ook aan het bestuur (lees: de onderwijsorganisatie gelet

274 Artikel 54 Lager onderwijswet 1878.

op het in hoofdstuk 3 beschreven juridisch grondschema). Reeds bij de invoering van de verplichting tot vaststelling van een directiestatuut werd het aan de onderwijsorganisatie overgelaten om te bepalen welke van de aan hem bij wet opgedragen taken en bevoegdheden werden uitgeoefend door de schoolleiding en op welke wijze.²⁷⁵ Minister Van der Hoeven bevestigde dit in 2004 met de opmerking dat de overheid “zo min mogelijk inhoudelijke voorschriften” geeft en zich beperkt “tot het stellen van de verplichting dat er duidelijke afspraken moeten worden gemaakt over het mandaat waarover het management kan beschikken”.²⁷⁶ Die boodschap werd in 2009 herhaald door de bewindspersonen Dijksma en Van Bijsterveldt: “Het bevoegd gezag stelt het managementstatuut vast en bepaalt of en zo ja, welke bevoegdheden en taken worden overgedragen. Er zijn vanuit de optiek van de regering geen taken of bevoegdheden die uitzondering vereisen. Het bevoegd gezag blijft eindverantwoordelijk voor de organisatie.”²⁷⁷

Bij het aan de directeur te verstrekken mandaat ligt de focus op management- en beheerstaken. Die focus volgt uit de diverse wettelijke formuleringen en bewoordingen. Een directeur van een school is belast met de onderwijskundige, organisatorische en huishoudelijke leiding (artikel 29 lid 1 Wpo) en de onderwijswetgever hanteert de begrippen ‘managementtaken’ en ‘managementstatuut’ (artikel 31 Wpo en artikel 32c Wvo).²⁷⁸ Tekst en toelichtingen bevestigen vervolgens de eindverantwoordelijkheid van (het bestuur van) de onderwijsorganisatie voor het geheel.²⁷⁹ Artikel 29 lid 1 Wpo bevestigt dit met de zinsnede dat bij de directeur van de school “onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag” de leiding berust (artikel 29 lid 1 Wpo). Deze zinsnede treffen we niet aan in de Wvo. Wel wordt gesproken over het “in naam van” het bevoegd gezag uitoefenen van bevoegdheden (artikel 31 lid 2 Wpo en artikel 32c lid 2 Wvo).

4.6.5 *Regeling interne bestuursorganisatie: middelbaar beroepsonderwijs en hoger beroepsonderwijs*

De bepalingen in de Web en de Whw die zien op de interne verdeling van taken en bevoegdheden bij de regionale opleidingscentra en hogescholen vertonen grote gelijkenis met elkaar. Zowel bij de opleidingscentra als bij de hogescholen dient in een bestuursreglement te worden vastgelegd welke ‘organisatorische eenheden’ er binnen de onderwijs-

275 *Kamerstukken II* 1994/95, 23947, nr. 3, p. 1-2 en 4.

276 *Kamerstukken II* 2003/04, 29736, nr. 3, p. 10-11.

277 *Kamerstukken I* 2009/10, 31828, nr. C, p. 17.

278 De directeuren moeten ook personen zijn “die actief zijn bij de beleidsvoering en die dagelijks leiding geven aan een school/scholen”: *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 27-28.

279 *Kamerstukken II* 1994/95, 23947, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31828, nr. C, p. 17. Zie ook *Kamerstukken II* 1994/95, 23947, nr. 3, p. 6 met een verwijzing naar Handelingen UCV 1989/90, nr. 8, p. 47.

instelling zijn en welke taken en bevoegdheden aan de directie daarvan zijn op- of overgedragen (artikel 9.1.5 Web en artikel 10.3 Whw).

Het vaststellen van een bestuursreglement en het daarin beschrijven van de interne bestuursorganisatie is bij opleidingencentra en de hogescholen een wettelijke verplichting en bekostigingsvoorwaarde. Het nut van deze verplichting is vooral gelegen in de informerende, verduidelijkende en de professionaliteit bevorderende functie van een bestuursreglement. Voorts biedt het de mogelijkheid om de medezeggenschap inhoudelijk te betrekken bij de interne bestuursorganisatie, de aanduiding van de faculteiten en organisatorische eenheden en de verdeling van de diverse managementtaken en -bevoegdheden (vgl. artikel 10.20 Whw dat op onderdelen de medezeggenschapsraad van de hogeschool een instemmingsrecht toekent). Een derde verondersteld voordeel van een bestuursreglement is dat het de mogelijkheid biedt om de taken en bevoegdheden van het management te clausuleren en aan de uitoefening instructies en richtlijnen te verbinden.²⁸⁰

Zowel de Web als de Whw spreekt over het “overdragen” van bevoegdheden. Deze formulering is te herleiden tot de zogeheten SVM-wet²⁸¹ en werd na een amendement van Cornielje en Van Gelder²⁸² ook opgenomen in de Web.²⁸³ De beide Kamerleden meenden dat delegatie ook mogelijk moest zijn in de situatie dat het middelbaar beroepsonderwijs een eigen wet kende. Er bestond volgens hen in het middelbaar beroepsonderwijs behoefte aan de mogelijkheid om taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag over te dragen aan een professioneel management. Het amendement strekte er dan ook toe “door opname van een delegatiebepaling verdere professionalisering van het management van ROC’s te bevorderen”.²⁸⁴ Het tekstvoorstel sloot qua formulering aan bij de vrijwel gelijktijdig in 1996 in werking getreden Wet bestuursorganisatie hogescholen.²⁸⁵

Opvallend genoeg werd met de inwerkingtreding van de Wet Governance Web in 2009 de mogelijkheid van het college van bestuur van een bijzonder opleidingencentrum om taken en bevoegdheden over te dragen aan andere bestuurslagen geschrapt.²⁸⁶ De toelichting bij die keuze was als volgt:

“Het huidige tweede lid vervalt. Op grond van dat lid kan het college van bestuur hem bij wettelijk voorschrift of door het bevoegd gezag overgedragen taken en

280 *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 3, p.10.

281 Wet sectorvorming en vernieuwing middelbaar beroepsonderwijs (Stb. 1990, 266).

282 *Kamerstukken II* 1994/95, 23778, nr. 15, p. 3 (amendement-Cornielje/Van Gelder).

283 Wet educatie en beroepsonderwijs (Stb. 1995, 501; artikel 9.1.5 lid 2 Web oud)

284 *Kamerstukken II* 1994/95, 23778, nr. 15, p. 3 (amendement-Cornielje/Van Gelder).

285 Wet bestuursorganisatie van en medezeggenschap in hogescholen (Stb. 1996, 125; dossier 23944).

286 Wet Governance Web (Stb. 2009, 151).

bevoegdheden overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid. In de nieuwe situatie kan het bevoegd gezag van een bijzondere instelling geen taken en bevoegdheden meer overdragen aan het college van bestuur, omdat het daarmee samenvalt. Het is ook niet nodig om te regelen dat bevoegd gezag/college van bestuur van een openbare instelling taken en bevoegdheden kan overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid, omdat overdracht van taken en bevoegdheden aan ondergeschikten (bij publiekrechtelijke bevoegdheden: mandaat aan ondergeschikten) ook zonder die bepaling mogelijk is.”²⁸⁷

Deze toelichting bevreedt. Immers, in het artikel dat het college van bestuur verplicht tot het vaststellen van een bestuursreglement wordt nog steeds gesproken over “taken en bevoegdheden die zijn op- of overgedragen aan het bestuur van de desbetreffende eenheid” (artikel 9.1.7 lid 1 sub c Web). Dat suggereert dat delegatie toch mogelijk is. Inhoudelijk is het schrappen van de delegatiemogelijkheid begrijpelijk op het moment dat, zoals de regering in 1994 aangaf, de wens bestaat om aan te geven dat het college van bestuur “te allen tijde verantwoordelijk is voor het gehele beleid van de instelling. (...) Zelfs als de instelling maximaal gebruik zou maken van de mogelijkheden die het wettelijk kader biedt voor mandatering van bevoegdheden aan deelbesturen of dagelijkse leiding blijft toch de formele verantwoordelijkheid en het ene formele aanspreekpunt voor de overheid bij het bevoegd gezag in tact.”²⁸⁸

Artikel 10.3 Whw

Het college van bestuur van een hogeschool kan hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden overdragen aan het bestuur van een faculteit of het bestuur van een andere organisatorische eenheid als bedoeld in artikel 10.3a.

Artikel 9.1.5 Web (oud)

1. Het bevoegd gezag van een instelling kan hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden overdragen aan een alsdan in de plaats van de centrale directie in te stellen college van bestuur.
2. Het college van bestuur van een instelling kan hem bij wettelijk voorschrift opgedragen of door het bevoegd gezag overgedragen taken en bevoegdheden overdragen aan het bestuur van een organisatorische eenheid als bedoeld in artikel 9.1.6.

²⁸⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30599, nr. 3, p. 10.

²⁸⁸ *Kamerstukken II* 1994/95, 23778, nr. 8, p. 99.

Artikel 9.1.5 Web (vanaf 2009)

1. Het bevoegd gezag van een openbare instelling kan hem bij wettelijk voorschrift opgedragen taken en bevoegdheden overdragen aan een alsdan in te stellen college van bestuur. Artikel 9.1.4, eerste, tweede en vijfde lid, en artikel 9.1.7, eerste en tweede lid, zijn in dat geval van overeenkomstige toepassing.

4.6.6 *Regeling interne bestuursorganisatie: universiteiten*

De regeling van de interne bestuursorganisatie voor de universiteiten is meer uitgewerkt. De Whw schrijft voor op welke wijze openbare universiteiten hun interne bestuursorganisatie moeten inrichten, regelt de inrichting, de minimale toekenning en verdeling van taken en bevoegdheden en beschrijft de interne verantwoordings- en informatieverplichtingen. Deze inrichtingsvoorschriften zijn bekostigingsvoorwaarden voor de drie bijzondere universiteiten.

De interne bestuursorganisatie van elke universiteit gaat uit van faculteiten, onderzoeksinstituten, onderzoekscholen en opleidingen. De keuze welke faculteiten, onderzoeksinstituten en onderzoekscholen er zijn en welke opleidingen worden aangeboden is aan het college van bestuur als instellingsbestuur. In het bestuurs- en beheersreglement moet worden vastgelegd welke faculteiten de universiteit omvat en welke opleidingen binnen die faculteiten zijn ingesteld (artikel 9.11 Whw). In het faculteitsreglement moet worden vastgelegd welke onderzoeksinstituten en onderzoekscholen er zijn (artikel 9.20 Whw) en op welke wijze de opleidingen worden bestuurd (artikel 9.17 Whw). De inhoud van elke opleiding volgt vervolgens uit het opleidings- en examenreglement (artikel 7.13 Whw) en elke opleiding kent een eigen bestuur (artikel 9.17 Whw).

De interne verdeling van taken en bevoegdheden moet transparant zijn en behoeft draagvlak. Zo moet de toekenning en verdeling worden vastgelegd in het bestuursreglement (artikel 9.4 Whw). Dat bestuursreglement moet worden goedgekeurd door de raad van toezicht (artikel 9.8 lid 1 onder b Whw) en behoeft de instemming van de medezeggenschap (artikel 9.33 lid 1 onder d Whw). Dit geldt ook op het niveau van de faculteiten.

De voor de universiteiten geldende wettelijk inrichtingsvoorschriften maken inzichtelijk dat het de wens is van de onderwijswetgever om faculteiten een vrij autonome positie toe te dichten binnen de universiteit. De Whw bepaalt bijvoorbeeld dat het onderwijs en de beoefening van de wetenschap geschiedt in de faculteit en dat aan ‘het hoofd van de faculteit’ een decaan staat (artikel 9.12 Whw). De bewuste bepaling vertoont gelijkenis met artikel 32 lid 2 Wvo. Dat artikel spreekt immers ook over “het hoofd” van een school. Een

universiteit met faculteiten kan hierdoor worden vergeleken met een onderwijsorganisatie die meerdere scholen in stand houdt. Elke faculteit is – net als een school in het primair en voortgezet onderwijs – een organisatorische eenheid. Het college van bestuur van een universiteit heeft hierdoor juridisch in wezen dezelfde taak als het bestuur van een complexe onderwijsorganisatie in het funderend onderwijs. Op facultair niveau geldt dat ook. De decaan van de faculteit is net als de rector, directeur of schoolleider van een school gericht op de algemene leiding bij de verzorging van het onderwijs.

De Whw belast de decaan met de algemene leiding van de faculteit en met het bestuur en de inrichting van de faculteit voor het onderwijs en de wetenschapsbeoefening (artikel 9.14 Whw). Een deel van de taken en bevoegdheden van de decaan is zelfs wettelijk geregeld. Zo is de decaan op grond van de Whw onder meer belast met het vaststellen van de onderwijs- en examenregeling, het vaststellen van de algemene richtlijnen voor de wetenschapsbeoefening en het vaststellen van het jaarlijks onderzoekprogramma van de faculteit (artikel 7.15 lid 1 Whw). De decaan heeft als gevolg enige wettelijk autonomie.

Die wettelijk autonomie van de decaan is echter niet onbeperkt. Reeds uit de wet volgt immers dat decanen in hiërarchische relatie staan tot het college van bestuur. Decanen worden benoemd en ontslagen door het college van bestuur (artikel 9.13 Whw), het college van bestuur kan richtlijnen vaststellen met het oog op de organisatie en coördinatie (artikel 9.5 Whw) en van decanen wordt verlangd dat zij intern verantwoording afleggen aan het college van bestuur (artikel 9.16 Whw).

Het valt voorts op dat de diverse wettelijke taken en bevoegdheden van de decaan vooral liggen in de sfeer van de onderwijskundige leiding. Aan de decaan komen op grond van de Whw geen taken en bevoegdheden toe op het terrein van het personeelsbeleid, het financieel beheer of de financiële administratie. Sterker nog, wettelijk is vastgelegd dat de decaan moet meewerken aan het bestuur van de universiteit door overleg te plegen met het college van bestuur ter zake van de voorbereiding van het instellingsplan en de begroting (artikel 9.14 lid 2 Whw). De decaan is ook niet het aanspreekpunt van de Inspectie van het Onderwijs of de NVAO. In het Toezichtkader Hoger Onderwijs 2014 merkt de Inspectie van het Onderwijs op dat het financieel toezicht zich richt op het bestuur van de instellingen en niet op afzonderlijke opleidingen of faculteiten.²⁸⁹ In het kader van de instellingstoets kwaliteitszorg en de opleidingsaccreditatie spreekt de NVAO zowel met het college van bestuur als met het management van de opleiding.²⁹⁰

289 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtkader Hoger Onderwijs 2014*, Utrecht 2014, p. 7.

290 Beoordelingskaders NVAO 2014, p. 8 en p. 19.

De decaan en het management van de opleiding zijn extern vooral informeel gesprekspartner. Dat lijkt enigszins strijdig met artikel 9.14 en artikel 9.15 Whw nu die bepalingen een attributie van taken en bevoegdheden suggereren. De decaan heeft immers op grond van die bepalingen eigen wettelijke taken en bevoegdheden. De crux is echter dat een decaan over de uitoefening van die wettelijke taken en bevoegdheden geen verantwoording aflegt aan de minister van OCW of de externe toezichthouders. Dat doet hij blijkens artikel 9.16 Whw intern aan het college van bestuur, waarna het college van bestuur op basis van de van de decaan verkregen informatie zorg draagt voor de externe verantwoording. Op zich past deze structuur bij de eindverantwoordelijkheid van het college van bestuur als instellingsbestuur en de praktijk waarbij veel interne richtlijnen en modelreglementen faculteitsbreed worden vastgesteld door het college van bestuur. Toch kan het soms knellen. Het debat bij de Universiteit van Amsterdam in 2014 over de besturing van die universiteit en de verhouding tussen de (meerjaren)begroting van de universiteiten en de faculteiten vormt daarvan een voorbeeld. Bij moeilijke keuzes moet het college van bestuur uit hoofde van zijn bestuurstaak in het belang van de universiteit de knoop kunnen doorhakken, ook als dat niet in het belang is van één of meer organisatorische eenheden.

4.6.7 *Opmerkingen bij de zorgplicht interne bestuursorganisatie*

A. Flexibele benadering delegatie en mandaat

Vastgesteld kan worden dat de vier sectorwetten diverse bepalingen bevatten die de toekenning en verdeling van taken en bevoegdheden aan directies, directeuren, rectoren, decanen en schoolleiders regelen. Ze maken duidelijk dat in het onderwijs behoefte bestaat aan het deconcentreren van taken en bestuursbevoegdheden.²⁹¹

De diverse wettelijke bepalingen zijn echter niet altijd even duidelijk geformuleerd. Het ligt daarom voor de hand om daar waar in de onderwijswet- en regelgeving of beleidsdocumenten wordt gesproken over ‘delegatie’, ‘overdragen’, ‘mandaat’ of ‘opdragen’ die begrippen in eerste instantie flexibel te benaderen. Voor deze flexibele benadering kan ook nu een beroep worden gedaan op de notitie ‘Meer over management’.²⁹² Bij een mandaat is dan sprake van het in naam en onder verantwoordelijkheid van het bestuur van de onderwijsorganisatie uitoefenen van een bevoegdheid. Bij delegatie oefent een ander orgaan dan het bestuur van de onderwijsorganisatie de bevoegdheid vooral uit als eigen bevoegdheid.

291 In de notitie ‘Meer over management’ en in de iets latere nota ‘HOAK’ werd door de overheid duidelijk benoemd dat behoefte bestaat aan het kunnen verdelen van bevoegdheden binnen onderwijsorganisaties.

292 *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2, p. 34.

Deze flexibele benadering biedt een handvat om de vraag te beantwoorden wie binnen een onderwijsorganisatie in eerste instantie verantwoordelijk is voor de uitoefening van een taak of bevoegdheid, zonder dat de eindverantwoordelijkheid van het bestuur ter discussie hoeft te staan. Een ander voordeel is dat het inzichtelijk maakt dat bij een deconcentratie van taken en bevoegdheden niet alleen sprake is van een verdeling van onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden. Er worden tevens volmachten verleend om privaatrechtelijke handelingen te verrichten, en machtigingen gegeven om feitelijke handelingen te verrichten. Deze flexibele benadering onderstreept verder dat directeuren en 'hoofden' vooral een functionele verantwoordelijkheid hebben. Uit hoofde van goed werknemerschap mag van hen verlangd worden dat zij de professionele verantwoordelijkheid nemen voor de uitoefening van de aan hen toegekende taken en (bestuurs)bevoegdheden. Die functionele verantwoordelijkheid heeft interne werking en ontslaat bestuurders niet van hun eindverantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken.

Tegen deze flexibele benadering kan worden ingebracht dat in de wetsgeschiedenis meermaals de begrippen 'delegatie' en 'overdragen' worden gebruikt.²⁹³ Dat gebruik heeft echter vooral een historische achtergrond. Al in 1988 werd de vraag gesteld of er in plaats van delegeren van taken van het bevoegd gezag niet gesproken moest worden van mandateren.²⁹⁴ Inmiddels zijn de meeste onderwijsorganisaties privaatrechtelijk vormgegeven; mede hierdoor is de situatie dat taken en bevoegdheden geheel en ongeclausuleerd worden overgedragen niet langer reëel. Het eventueel verweer van een bestuurder dat hij geen verantwoordelijkheid draagt omdat hij de bevoegdheid heeft gedelegeerd is niet goed voorstelbaar. Het gebruik van begrippen als 'delegatie' of 'overdragen' is dan ook vooral onhandig.

293 *Kamerstukken II 1988/89, 20646, nr. 10, p. 52, Kamerstukken II 1988/89, 20646, nr. 7, p. 63, Kamerstukken II 1987/88, 20646, nr. 3, p. 22-23 en meer recentelijk Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 27-28.*

294 Het antwoord op de vraag of wel gesproken kon worden van delegatie werd enkel vanuit het perspectief van het openbaar onderwijs benaderd. "De overdracht van taken en bevoegdheden aan de centrale directie is juridisch te kwalificeren als delegatie. Bij delegatie draagt een orgaan bevoegdheden over aan een ander orgaan, dat die bevoegdheden gaat uitoefenen in plaats van het oorspronkelijk bevoegde orgaan. Wanneer het bevoegd gezag bevoegdheden aan de centrale directie heeft gedelegeerd, krijgt de centrale directie daarmee dus de eindverantwoordelijkheid. Kenmerkend voor delegatie is dat het delegerend orgaan zelf niet langer bevoegd is de overgedragen taken en bevoegdheden uit te oefenen, tenzij de overdracht gedeeltelijk of geclausuleerd is. Het delegerend orgaan kan zich bijvoorbeeld het recht voorbehouden, algemene of bijzondere aanwijzingen te geven, of dat het in bijzondere gevallen moet worden geraadpleegd. Het delegerend orgaan kan de delegatie te allen tijde ongedaan maken, waardoor het de bevoegdheid weer zelf kan uitoefenen. Bij mandatering worden geen bevoegdheden overgedragen, maar krijgt een ander orgaan tot taak om een bepaalde bevoegdheid in naam en onder verantwoordelijkheid van het bevoegd orgaan uit te oefenen." Zie *Kamerstukken II 1988/89, 20646, nr. 7, p. 63.*

B. Gedeelde structuur interne bestuursorganisatie

Overziet men de diverse wettelijke bepalingen in onderlinge samenhang dan vindt men in alle vijf de onderwijssectoren een gedeelde structuur terug voor de inrichting van interne bestuursorganisaties. Er is steeds (1) sprake van een hoofd van een organisatorische eenheid, (2) aan wie taken en bevoegdheden kunnen worden toegekend, (3) welke toekenning en verdeling moet blijken uit een intern reglement en (4) waarvoor door het bestuur instructies en richtlijnen kunnen worden gegeven.

Ad 1) Hoofd van een organisatorische eenheid

Een school, een faculteit of opleiding heeft als organisatorische eenheid steeds een ‘hoofd’. Dit hoofd is belast met de dagelijkse gang van zaken en de algemene leiding van de eenheid als onderdeel van de onderwijsorganisatie en heeft soms een aantal door de wetgever specifiek benoemde bestuursbevoegdheden. De wetgever heeft daarbij vooral een deconcentratie van het onderwijskundig leiderschap voor ogen. In de Wpo wordt gesproken over de onderwijskundige, organisatorische en huishoudelijke leiding (artikel 29 lid 1 Wpo) en in de Wvo over de leiding van de voorbereiding en uitvoering van het beleid van de school alsmede de coördinatie van de dagelijkse gang van zaken en van het beheer van de school (artikel 31a lid 2 Wvo). Bij de universiteiten gaat het bij decanen voornamelijk om de algemene leiding van de faculteit en het bestuur en de inrichting van de faculteit voor het onderwijs en de wetenschapsbeoefening (artikel 9.14 Whw). De wettelijk benoemde taken en bevoegdheden van de decaan hebben ook alle betrekking op het verzorgen van onderwijs en het verrichten van onderzoek (artikel 9.15 Whw).

De verschillende bepalingen suggereren terecht een onderscheid tussen bestuurlijk leiderschap (de verantwoordelijkheid van bestuurders voor het bestuur en financieel beheer van de onderwijsorganisatie) en onderwijskundig leiderschap (verantwoordelijkheid van de ‘hoofden’ voor de dagelijkse gang van het onderwijs). De Web en de Whw benadrukken dat onderscheid doordat het college van bestuur niet de wettelijke verplichting heeft om zorg te dragen voor ‘goed onderwijs’ maar voor het functioneren van ‘het stelsel van kwaliteitszorg’ (artikel 1.3.6 Web en artikel 1.18 lid 1 Whw). Dat suggereert een erkenning van de afstand van het bestuur tot het primaire onderwijskundig proces.

Ad 2) 'Kan-bepaling'

De bepaling van inhoud, omvang en reikwijdte van door directeuren uit te oefenen taken en bevoegdheden is een bevoegdheid van het bestuur van de onderwijsorganisatie. Dat geldt ook voor het vaststellen van het aantal organisatorische eenheden en de bepaling van hun omvang. Ook dat is in beginsel een keuze van het bestuur van de onderwijsorganisatie. Het college van bestuur van een regionaal opleidingencentrum, een hogeschool of universiteit bepaalt hoeveel organisatorische eenheden er zijn en op basis waarvan die indeling plaatsvindt. In het primair en voortgezet onderwijs vormen de scholen zelf reeds organisatorische eenheden en bestaat daarnaast de mogelijkheid binnen die scholen nadere organisatorische eenheden in te richten door middel van de vorming van afdelingen, locaties, enzovoort.

Ad 3) Managementstatuut of bestuursreglement

De verdeling van taken en bevoegdheden moet transparant zijn en behoeft draagvlak. De toekenning en verdeling moet zijn vastgelegd in een intern reglement. In het funderend onderwijs wordt dit reglement het managementstatuut genoemd en in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs het bestuursreglement.²⁹⁵ De regel is dat deze reglementen worden goedgekeurd door de intern toezichthouder. Dit volgt voor het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs uit artikel 9.1.4 lid 3 onder b Web, artikel 9.8 lid 1 onder b Whw en artikel 10.3d lid 2 onder b Whw. In het funderend onderwijs is deze regel te vinden in branchecodes voor goed bestuur.

Het interne reglement behoeft tevens draagvlak bij medezeggenschap. In het funderend onderwijs heeft de medezeggenschapsraad een adviesrecht (artikel 11 lid 1 onder f en i Wms) en in het hoger onderwijs is sprake van een instemmingsrecht (artikel 9.33 lid 1 onder d Whw, artikel 10.20 lid 1 onder d Whw). Vreemd genoeg ontbreekt in het middelbaar beroepsonderwijs een advies- of instemmingsrecht voor de deelnemersraad.

Ad 4) Hiërarchische verhouding

Een vierde overeenkomst is dat alle 'hoofden' een hiërarchische verhouding hebben tot het bestuur van de rechtspersoon of, in het middelbaar en hoger onderwijs, het bestuur van de onderwijsinstelling. Hun benoeming, schorsing en ontslag geschiedt door dat bestuur. Ook kan dit bestuur richtlijnen en instructies geven bij de uitoefening door de hoofden van hun 'functie-eigen' taken en bestuursbevoegdheden. De onderwijswetgeving bevestigt dit laatste soms zelfs expliciet (artikel 31 lid 3 onder c Wpo, artikel 32c lid 3 onder

²⁹⁵ Opmerking verdient dat bij publiekrechtelijke rechtspersonen geen sprake is van statuten. Het bestuursreglement houdt bij die rechtspersonen dan ook een nadere uitwerking in van de wettelijke regeling (openbare universiteiten) of de gemeentelijke verordening (openbaar primair en voortgezet onderwijs).

c Wvo en artikel 9.5 Whw). Die instructies en richtlijnen worden door de onderwijswetgever wenselijk geacht met het oog op de organisatie en coördinatie van de toegekende taken en bestuursbevoegdheden binnen de onderwijsorganisatie, aldus bijvoorbeeld artikel 9.5 Whw dat deze mogelijkheid expliciet benoemt. Deze instructiemogelijkheid sluit aan bij artikel 10:6 Awb, welk artikel bepaalt dat bij een publiekrechtelijk mandaat per geval of in het algemeen instructies kunnen worden gegeven. Daar staat tegenover dat die instructies ook weer niet zo ver kunnen gaan dat feitelijk sprake is van het uitvoeren van een opdracht. Dan betreft het immers nog slechts het verrichten van een feitelijke handeling en komt aan het ‘hoofd’ geen zelfstandigheid meer toe.

4.7 ZORGPLICHT MEDEZEGGENSCHAP EN PROFESSIONELE RUIMTE

4.7.1 *Inleiding*

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de zorgplicht medezeggenschap en de door bestuurders in acht te nemen professionele ruimte van docenten. In paragraaf 4.7.2 wordt ingegaan op de medezeggenschap in het primair en voortgezet onderwijs. De medezeggenschap in het middelbaar beroepsonderwijs komt aan bod in paragraaf 4.7.3 en voor het hoger onderwijs in paragraaf 4.7.4. Omdat medezeggenschap in elk geval voor wat betreft het onderwijsgevend personeel nauw verbonden is met het thema professionele ruimte wordt dat thema kort besproken in paragraaf 4.7.5.

Voor zowel medezeggenschap als voor professionele ruimte is de keuze gemaakt om ze aan te merken als een zorgplicht van de onderwijsorganisatie. Op het terrein van medezeggenschap kan gesteld worden dat door het geheel van voor de onderwijsorganisatie geldende overlegverplichtingen, daaronder begrepen de diverse proces-, informatie-, advies- en instemmingsrechten, uiteindelijk sprake is van een voor onderwijsorganisaties geldende juridische gedragsnorm. Goede medezeggenschap kan, aldus ook Veringa en Schouten, een tegenwicht bieden tegen stapeling van beheersingsinterventies en het debat over de cultuur en de visie binnen de onderwijsorganisatie ondersteunen.²⁹⁶ Van den Bosch merkt zelfs op dat medezeggenschap in de sleutel staat van goed bestuur.²⁹⁷ Anders dan bij de hiervoor besproken zorgplichten geldt voor de zorgplicht medezeggenschap wel dat het geen eenrichtingsverkeer is. Medezeggenschap gaat uit van wederkerigheid. Doordat goede medezeggenschap uitgaat van contact en overleg, heeft de medezeggenschap zelf ook verantwoordelijkheden. Ook van (leden van de) medezeggenschap mag verwacht worden dat

²⁹⁶ Veringa & Schouten 2016, p. 40.

²⁹⁷ Van den Bosch 2016, p. 16.

zij zich richten op de verwezenlijking van goede medezeggenschap. Ook medezeggenschapsorganen hebben dus in zekere zin een zekere zorgplicht goede medezeggenschap. Dezelfde argumenten gelden ook voor het thema professionele ruimte. Het geheel van rechten en verplichtingen van de onderwijsorganisatie, daaronder begrepen haar verantwoordelijkheden als goed werkgever, gaan uit van een voor de onderwijsorganisatie geldende juridische gedragsnorm die beoogt de professionele ruimte van docenten en overig personeel te borgen. En ook nu geldt dat sprake is van wederkerigheid. Docenten en overig personeel hebben ook eigen verantwoordelijkheden.

Opmerking verdient verder dat verwacht mag worden dat het niet voldoen aan de zorgplicht goede medezeggenschap en professionele ruimte niet snel zal leiden tot bekostigingssancties. Oorzaak daarvan is dat de diverse wettelijke verplichtingen in het kader van medezeggenschap kunnen worden 'afgedwongen' door de medezeggenschapsorganen zelf. Geschillen over de interpretatie van hun bevoegdheden kunnen worden voorgelegd aan een van de geschillencommissies en in extremis aan de rechter. Ook op het terrein van het personeelsbeleid is sprake van diverse eigen (arbeidsrechtelijke) geschillenprocedures.

4.7.2 *Medezeggenschap in het primair en voortgezet onderwijs*

A. Wmo 1981 en Wmo 1992

In 1981 werd de medezeggenschap voor het primair en voortgezet onderwijs (inclusief het beroepsonderwijs) buiten de werkingssfeer van de Wor geplaatst naar aanleiding van de Wmo 1981.²⁹⁸ Het wetsvoorstel volgde op een eerdere motie van de Kamerleden Deetman en Ginjaar-Maas.²⁹⁹ De Wmo 1981 verplichtte tot de instelling van een medezeggenschapsraad op iedere school. Op het niveau van de onderwijsorganisatie kon een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad worden gevormd (artikel 14 Wmo 1981). Uitgangspunt van de Wmo was dat het bestuur of de schoolleiding met de medezeggenschap de algemene gang van zaken in de school moest bespreken (artikel 5 lid 1 Wmo 1981) en dat belangrijke besluiten van het bestuur ter advisering of instemming konden worden voorgelegd aan de medezeggenschap. De precieze toedeling van de inspraakbevoegdheden en de keuze tussen advies of instemming werd destijds nog overgelaten aan het overleg tussen het bestuur en de medezeggenschap (artikel 6 lid 1 Wmo 1981).

²⁹⁸ Wet medezeggenschap onderwijs (dossier 16606).

²⁹⁹ *Kamerstukken II 1978/79*, 15 300-VIII, nr. 53.

In 1992 werd de Wmo 1981 vervangen door de Wmo 1992.³⁰⁰ Het beginsel van gezamenlijke, ongedeelde medezeggenschap van ouders, leerlingen en personeel bleef het centrale uitgangspunt. In de Wmo 1992 werd vastgelegd welke besluiten in elk geval onderhevig waren aan instemming of advies. In de toelichting op het wetsvoorstel werd erkend dat de wettelijke regeling van medezeggenschap een beperking vormde van de vrijheid van bestuurlijke inrichting, maar die beperking werd afgewogen tegen het belang dat volgens het kabinet met medezeggenschap werd gediend. Hierbij werd gewezen op het toenemend aantal en gewicht van de besluiten van het bestuur.³⁰¹ Tussen medezeggenschap en bestuurlijke autonomie werd aldus een rechtstreeks verband gelegd.

B. Wet medezeggenschap op scholen

In 2007 trad vervolgens de Wet medezeggenschap op scholen in werking.³⁰² Deze wet verving de Wet medezeggenschap onderwijs en gold alleen voor het primair en voortgezet onderwijs. De motivatie voor de herziening werd – net als in 1992 – gevonden in de besturingsfilosofie van het kabinet die onderwijsorganisaties meer beleidsruimte moest bieden om goed onderwijs te geven. Die besturingsfilosofie verlangde volgens het kabinet onder meer dat de docent werd ondersteund en gestimuleerd door bestuurders en schoolleiding en dat leerling en ouders invloed konden uitoefenen op de wijze waarop het onderwijs (qua vorm en inhoud) werd aangeboden.³⁰³ De invoering van de lumpsumbekostiging werd direct gekoppeld aan het aspect van medezeggenschap.³⁰⁴ Door het kabinet werd ook de relatie gelegd met “het proces van autonomievergroting”.³⁰⁵

Nieuw in de Wms was de introductie van een reeks van zelfstandige instemmingsbevoegdheden per geleding, een versterking van de positie van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad, uitbreiding van het aantal informatieverplichtingen, de toekenning van een initiatiefrecht, de verplichting om een effectieve faciliteitenregeling vast te stellen en de introductie van een geschillencommissie om niet alleen de zorgvuldigheid van elk voorgenomen besluit te kunnen toetsen maar ook de redelijkheid. Nieuw was ook de uniformering van de beroepsgang. Geschillen over de instemmingsbevoegdheid konden nu zowel in het bijzonder als in het openbaar onderwijs in extremis worden voorgelegd aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

300 Wet Medezeggenschap in het onderwijs, niet zijnde hoger onderwijs (Wet medezeggenschap onderwijs 1992) (dossier 22461).

301 *Kamerstukken II* 1991/92, 22461, nr. 5, p. 2-3.

302 Wet medezeggenschap op scholen (Stb. 2006, 658; dossier 30414).

303 *Kamerstukken II* 2005/06, 30414, nr. 3, p. 6.

304 *Kamerstukken II* 2005/06, 30414, nr. 3, p. 6.

305 *Kamerstukken II* 2004/05, 30183, nr. 1 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30414, nr. 3, p. 7.

Centraal uitgangspunt is nog steeds dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid en de daarbij behorende eindverantwoordelijkheid is voorbehouden aan het bestuur van de onderwijsorganisatie (of de schoolleiding bij mandaatverlening).³⁰⁶ Het is en blijft medezeggenschap, met dien verstande dat het kabinet destijds wel aangaf dat de versterking van medezeggenschap “een voorwaarde [is, MN] om te komen tot een gezond tegenwicht ten opzichte van de toenemende beleidsvrijheid van bestuur en management”.³⁰⁷ Dat tegenwicht vinden we onder meer terug in het gegeven dat de personeelsgeleding instemmingsrecht heeft op de te hanteren systematiek voor de verdeling en overdracht van de bekostiging binnen een onderwijsorganisatie (artikel 12 onder j Wms). Een amendement om de volledige medezeggenschapsraad een instemmingsrecht te geven op de hoofdlijnen van de begroting werd in 2016 niet aangenomen.³⁰⁸

C. Behoeftte aan versterking medezeggenschap

Het aantal instemmings-, advies- en overlegrechten van de medezeggenschap neemt sinds de jaren tachtig steeds iets toe. Inmiddels staat niet echt meer ter discussie of de medezeggenschapsraden wel voldoende rechten hebben maar of de medezeggenschap zelf goed functioneert en of de bestuurscultuur daarop is ingericht.³⁰⁹ Zo werd bij de evaluatie van de Wms in 2012 geconcludeerd dat de Wms personeel, ouders en leerlingen op zich voldoende in stelling bracht om een positieve en sterke rol te spelen in het besluitvormingsproces.³¹⁰ Tegelijkertijd werd ook opgemerkt dat de informatievoorziening beter kon, dat de bezetting van veel medezeggenschapsraden lastig bleek, dat de professionaliteit van de medezeggenschap gering was en dat het contact tussen medezeggenschap en achterban slecht functioneerde.³¹¹

Deze knelpunten laten zien dat vooral behoefte bestaat aan een versterking van de praktische medezeggenschap. Die versterking is uiteindelijk een gezamenlijke verantwoordelijkheid van bestuurders, schoolleiders en medezeggenschap zelf. Sperling en Foppen spreken in dat verband over een ‘moreel medezeggenschapskompas’.³¹² Veel van de geconstateerde tekortkomingen in de medezeggenschap kunnen volgens hen niet door meer regelgeving worden opgelost, maar betreffen de uitvoering van al bestaande regels en de wijze waarop partijen met elkaar omgaan. Deze behoefte heeft zich in 2014 vertaald in het ‘Gezamenlijk advies goede medezeggenschap’ van de brancheorganisaties, vakbonden en ouderorgani-

306 *Kamerstukken II* 2005/06, 30414, nr. 3, p. 8.

307 *Kamerstukken II* 2005/06, 30414, nr. 3, p. 8.

308 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 81.

309 Veringa & Schouten 2016, p. 40-41.

310 Bokdam, Bal & De Jonge 2012.

311 Van Schoonhoven 2010 en Sperling 2012.

312 Sperling & Foppen 2014, p. 10.

saties.³¹³ In dit advies wordt medezeggenschap overigens dienstbaar geacht aan de kwaliteit van het onderwijs, aan de school als maatschappelijke gemeenschap en aan een gezonde afweging van de betrokken belangen.³¹⁴ De Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen volgt deze lijn van inzetten op de praktische versterking van medezeggenschap. De structuur van de medezeggenschap en het aantal instemmings- en goedkeuringsrechten zelf wijzigt niet. Wel volgt uit dit wetsvoorstel dat belang wordt gehecht aan betrokkenheid bij de profielschets van de bestuurders en aan formalisering van het overleg tussen medezeggenschap en intern toezichthouders.³¹⁵

4.7.3 Medezeggenschap in het middelbaar beroepsonderwijs

Het debat over medezeggenschap in het middelbaar beroepsonderwijs is minder fundamenteel van aard. De medezeggenschap van het personeel geschiedt langs de lijnen van de Wor. De medezeggenschap van deelnemers is geregeld in het in 2010 in werking getreden Hoofdstuk 8a Web.³¹⁶ De kernbepaling in dit hoofdstuk maakt duidelijk dat sprake is van een zorgplicht.

Artikel 8a.1.4 lid 1 Web Zorgplicht medezeggenschap

Het bevoegd gezag zorgt ervoor dat binnen de instelling een volwaardige, goed functionerende en effectieve medezeggenschap van deelnemers en, in voorkomende gevallen, ouders plaats kan vinden waarbij ten minste wordt voldaan aan de volgende eisen:

- a. de verkiezingen zijn zodanig geregeld dat deze kunnen leiden tot een deelnemersraad of, in voorkomende gevallen, een ouderraad die een representatieve vertegenwoordiging van deelnemers of ouders vormt;
- b. de medezeggenschapsstructuren sluiten zo veel mogelijk aan bij de organisatiestructuur, besluitvormingsprocedures en verantwoordelijkheidsverdelingen binnen de instelling.

Die zorgplicht berust bij het college van bestuur als bevoegd gezag. Die keuze is te herleiden tot de wens van het kabinet om binnen de onderwijsinstelling “een volwaardige, goed functionerende en effectieve medezeggenschap van deelnemers” te laten plaatsvinden.³¹⁷ Uit de toelichting blijkt dat de zorgplicht vooral ziet op de door het college van bestuur te betrachten zorg “voor de condities en randvoorwaarden om tot een deelnemersraad te

313 Project Versterking Medezeggenschap, *Goede medezeggenschap, dat doe je zo!*, InfoWms, april 2014, te raadplegen via www.infowms.nl en www.onderwijsgeschillen.nl.

314 Project Versterking Medezeggenschap, *Goede medezeggenschap, dat doe je zo!*, InfoWms, april 2014, p. 6-7.

315 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 2.

316 Wet medezeggenschap educatie en beroepsonderwijs (Stb. 2010, 8; dossier 31266).

317 *Kamerstukken II* 2007/08, 31266, nr. 3, p. 16-17.

komen”.³¹⁸ Dat is op het oog beperkter dan de vraag of de medezeggenschap zelf goed functioneert. Dat is uiteraard de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag en de medezeggenschapsraad gezamenlijk.

Voor het middelbaar beroepsonderwijs werd gekozen voor een gedeeld medezeggenschapsstelsel uitgaande van deelnemersraden voor deelnemers en ondernemingsraden voor het personeel. Net als in de Wms hebben de deelnemers meerdere overleg-, advies- en instemmingsrechten en kunnen zij bij geschillen terecht bij de Landelijke geschillencommissie medezeggenschap. In het geval van een geschil over instemmingsrechten is beroep mogelijk bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. De deelnemersraad heeft ten opzichte van de medezeggenschapsraad in het funderend onderwijs en de studentenraden of -geledingen in het hoger onderwijs wel een beperkter aantal instemmingsrechten. Niettemin is in de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen wel de bepaling opgenomen dat de deelnemersraad instemmingsrecht heeft op de hoofdlijnen van de begroting.³¹⁹

4.7.4 *Medezeggenschap in het hoger onderwijs*

Medezeggenschap in het hoger onderwijs kent een heel eigen *discours* dat om die reden buiten de scope van dit onderzoek valt. Het bijbehorende debat gaat voor een belangrijk deel over ‘eigenaarschap’. De voorstanders van meer rechten voor medezeggenschap zijn de overtuiging toegedaan dat studenten en personeel zelf de academische gemeenschap vormen en dus ook zelf zeggenschap moeten hebben over het bestuur van ‘hun’ onderwijsorganisatie. Zij wijzen daarbij op de Wet universitaire bestuurs hervorming 1970 en het daarin opgenomen uitgangspunt van medebestuur waarmee in 1997 werd gebroken. Sindsdien is sprake van duidelijk onderscheiden verantwoordelijkheden tussen bestuur, intern toezicht en medezeggenschap.³²⁰ De vormgeving van die medezeggenschap is klassiek te noemen en gaat over de toekenning van overleg-, advies- en instemmingsrechten. De keuze hiervoor werd in 1997 gevonden in het sterker toesnijden van de medezeggenschapsrechten op de directe eigen belangen (en dus minder op het onderzoeks- en personeelsbeleid), de ruimte voor het personeel op inspraak zonder de belasting van medebestuur verantwoordelijkheid en betere aanspreekbaarheid van het college van bestuur als eindverantwoordelijk bestuursorgaan.³²¹ Met de jaren is de medezeggenschapsstructuur niet gewijzigd

318 *Kamerstukken II* 2007/08, 31266, nr. 3, p. 16-17.

319 *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, nr. A en *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 76 (amendement-Van Meenen en Van Dijk).

320 Wet modernisering universitaire bestuursorganisatie (Stb. 1997, 117; dossier 24646).

321 *Kamerstukken II* 1995/96, 24646, nr. 3, p. 20-23. De overwegingen hebben overigens veel weg van een doelredenering.

en is vooral het aantal instemmingsrechten en andere zeggenschapsbevoegdheden toegenomen. Zo hebben personeel en studenten sinds 2015 een instemmingsrecht op de hoofdlijnen van de jaarlijkse begroting, hetgeen een duidelijke inbreuk vormt op de bestuursautonomie van het college van bestuur.³²² De Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen geeft nader invulling aan de betrokkenheid van de medezeggenschap bij de samenstelling en het profiel van bestuurders en intern toezichthouders.

De Maagdenhuisbezetting in 2015 maakte duidelijk dat bij een deel van het personeel en sommige studenten behoefte bestaat aan meer bestuurlijke betrokkenheid; zeker in situaties van bezuinigingen. De Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen bevestigde echter dat vooral het belang van praktische betrokkenheid de aandacht heeft van de onderwijswetgever.³²³ Het aantal mogelijke formele rechten voor de medezeggenschap lijkt zijn plafond te bereiken omdat meer rechten ten koste gaan van de mate waarin bestuurders nog verantwoordelijkheid kunnen dragen voor de formulering van het bestuurlijk beleid. De behoefte aan meer medezeggenschap in het hoger onderwijs botst bovendien met de gebrekkige binding van veel (toekomstige) studenten met hun instelling. De opkomstpercentages zijn bijvoorbeeld betrekkelijk laag. Huisman stelde daarom terecht de vraag of de student van de toekomst niet eigenlijk veel meer behoefte heeft aan individuele zeggenschap en pleitte voor een fundamentele herziening en doordenking van het medezeggenschapsstelsel in het hoger onderwijs.³²⁴ De discussie zou volgens hem veel meer moeten worden gevoerd vanuit de student zelf en minder vanuit het oogpunt van (goed) bestuur of formele structuren.

4.7.5 *Thema professionele ruimte*

Het thema professionele ruimte is een uitwerking van het beginsel van goed werkgeverschap als beschermd door artikel 7:611 BW en hangt nauw samen met de zorgplicht goed onderwijs. Zo verplicht de tweede volzin van artikel 10 Wpo en artikel 23a Wvo onderwijsorganisaties tot het betrachten van zorg voor het personeelsbeleid. Deze verplichting werd in 2012 toegevoegd. Niet alleen het uitvoeren van het in het schoolplan beschreven beleid valt onder de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs – en is dus als wettelijk voorschrift voorwaarde voor bekostiging – maar ook “de zorg voor het personeelsbeleid, voor zover het betreft de duurzame borging van de kwaliteit van het onderwijspersoneel”.³²⁵ De verplichting moest volgens de indieners van het betrokken amendement de zorg voor het

322 Artikel 9.30a lid 3 Whw, artikel 9.33 lid 2 Whw en artikel 10.20 lid 3 Whw. Zie Wet studievoorschot hoger onderwijs (Stb. 2015, 50; dossier 34035).

323 *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, nr. A.

324 Huisman 2015, p. 1024.

325 Wet geïntegreerd toezicht Inspectie van het Onderwijs (Stb. 2012, 118; dossier 32183).

personeelsbeleid “helder in onderwijswetten” regelen opdat de Inspectie van het Onderwijs kon beoordelen “of de zorg voor de kwaliteit van het onderwijspersoneel duurzaam is gewaarborgd”.³²⁶

Het kabinet attendeerde de indieners erop dat aanvaarding van het amendement ertoe zou leiden dat mogelijke bekostigingssancties konden volgen bij het niet voldoen aan deze eis, ook als de kwaliteit van het onderwijs zelf wel op orde was.³²⁷ Die adviezen werden in de wind geslagen. Sterker nog, de indieners gaven aan dat een aanvullende bekostigingsvoorwaarde juist de bedoeling was en dat de aanvulling het mogelijk maakte formeel toe te zien op het personeelsbeleid en daaraan bekostigingssancties te verbinden.³²⁸ Later overwoog het kabinet in de Eerste Kamer dat de vraag zal zijn “of er een hrm-beleid is en of dit is geborgd”.³²⁹ Deze extra overweging bevestigt dat de aanvulling in de praktijk waarschijnlijk een beperkte waarde heeft.³³⁰ De aanvulling uit 2012 is mijns inziens niet alleen dubbelop, omdat zij reeds uit de overige zorgplichten volgt. Zij is bovendien onnodig omdat de verplichting reeds volgt uit het beginsel van goed werkgeverschap. Het schept hoogstens extra verwachtingen bij docenten omtrent hun autonomie als werknemer.

Voor het middelbaar beroepsonderwijs geldt een vergelijkbare zorgplicht. Blijkens artikel 4.1.3 Web moet het bevoegd gezag toezien op de professionaliteit van het personeel.³³¹ Het artikel gaat ervan uit dat door of namens het college van bestuur een professioneel statuut wordt vastgesteld dat ziet “op de voortdurende verbetering van de professionaliteit van het personeel”. De MBO Raad en de vakorganisaties hebben daarvoor een landelijk geldend professioneel statuut vastgesteld en dit opgenomen in de cao BVE.³³² Het professioneel statuut is eigenlijk een verdere uitwerking van de relatie goed werkgever-goed werknemer. Het statuut gaat ervan uit dat de werknemer “een professional [is] die zijn beroep bewust,

326 *Kamerstukken II* 2010/11, 32193, nr. 15.

327 *Handelingen II* 2010/11, 106, item 6, p. 46.

328 *Handelingen II* 2010/11, 106, item 6, p. 46.

329 *Handelingen I* 2011/12, 16, item 11, p. 56.

330 Immers, uit de artikelen inzake de schoolplannen (artikel 11 lid 3 Wpo en artikel 24 lid 3 Wvo) volgt reeds de verplichting om een personeelsbeleid te hebben. Ook geldt dat zowel de Wpo als de Wvo bepalingen kent die de bevoegdheid en bekwaamheid regelen en die het bevoegd gezag verplichten zorg te dragen voor de begeleiding en scholing van zij-instromers (artikel 38 lid 3 Wpo; artikel 38 lid 4 Wvo) en voor de administratie en controle van de bekwaamheidsdocumentatie, geschiktheidsverklaringen en verklaringen omtrent het gedrag (artikelen 53 lid 3 en 59 lid 4 Wpo; artikelen 43 lid 3 en 51 lid 3 Wvo). Het is in het voortgezet onderwijs ook het bevoegd gezag dat zorg dient te dragen voor de regeling van de rechtspositie van het personeel (artikelen 38a Wvo). In combinatie met de verplichtingen in het kader van het schoolplan, gold dan ook al praktisch gezien de verplichting om zorg te dragen voor een hrm-beleid. De aanvulling uit 2012 is mijns inziens dan ook dubbelop. Op zijn minst was het nuttig geweest een aantal andere bepalingen te schrappen.

331 Wet medezeggenschap educatie en beroepsonderwijs (Stb. 2010, 8; dossier 31266).

332 MBO-raad en vakorganisaties mbo, *Overeenkomst Professioneel statuut MBO*, De Bilt, 11 juni 2009, te raadplegen via www.mboraad.nl.

verantwoord en met de benodigde vakbekwaamheid verricht” en dat de onderwijsorganisatie “ruimte [schept] voor medewerkers om professioneel handelen te optimaliseren”.³³³ Nut en noodzaak van nadere wettelijke regeling ontgaan mij overigens.³³⁴ Immers, niet ter discussie staat dat de onderwijsorganisatie baat heeft bij bewuste, professionele en vakbekwame docenten. Of daarvan sprake is, is een gesprek dat tussen werkgever en werknemer dient te worden gevoerd.

Beide zorgplichten hangen sterk samen met de in het wetsvoorstel Wet op het lerarenregister opgenomen erkenning van “de professionele ruimte” van de docent.³³⁵ De voorgestelde nieuwe bepalingen artikel 31a Wpo, artikel 32^e Wvo en artikel 4.1a.1 regelen het beroep van docent en steunen op drie pijlers voor professionele autonomie van docenten: (1) professionele ruimte, (2) professioneel statuut en (3) professionele standaard. De voorstellen hebben veel weg van een politiek compromis. Zij lijken door te slaan naar de bescherming van de positie van de leraar en docent ten opzichte van de onderwijsorganisatie als werkgever zonder dat de omvang van de verantwoordelijkheid van die onderwijsorganisatie afneemt. De voorstellen regelen immers niet de individuele aanspreekbaarheid van leraren en docenten op hun eigen functioneren. Ook voor docenten en leraren behoort echter te gelden dat met ruimte er een extra verantwoordelijkheid komt. Het wetsvoorstel miskent dat. Doordat het ‘respecteren’ van de professionele ruimte een voorwaarde voor bekostiging wordt, is het uiteindelijk alleen de onderwijsorganisatie – vertegenwoordigd door het bestuur – dat over de vervulling van die professionele ruimte verantwoording aflegt. Dat bevreedt.

4.8 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

4.8.1 *Inleiding*

Wat betekenen de voor onderwijsorganisaties geldende zorgplichten voor bestuurders? Om op deze vraag een antwoord te kunnen geven, zijn in dit hoofdstuk de voor de onderwijsorganisaties geldende en mogelijk voor hun bestuurders relevante zorgplichten in de onderwijswet- en regelgeving in kaart gebracht.

333 MBO-raad en vakorganisaties mbo, *Overeenkomst Professioneel statuut MBO*, De Bilt, 11 juni 2009, artikel 1 en artikel 5.

334 De motivatie bleef bij “De afspraken die in dat kader worden gemaakt, zijn erop gericht bij te dragen aan de voortdurende versterking van de professionele wijze waarop het personeel van de instellingen zijn taken uitoefent.” Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31266, nr. 3, p. 16.

335 *Kamerstukken II* 2015/16, 34458, nr. 2 (wetsvoorstel Wet lerarenregister) en Onderwijsraad 2015a.

Na een schets van het juridisch karakter van zorgplichten zijn de zorgplicht goed onderwijs, de zorgplicht goed bestuur en de meest in het oog springende uitwerkingen van die zorgplicht besproken. Er is voor gekozen om het begrip zorgplichtbepaling in de meeste ruime betekenis op te vatten. Het begrip zorgplicht maakt immers prettig inzichtelijk dat uiteindelijk sprake is van een voor de onderwijsorganisatie geldende juridische gedragsnorm, dat die juridische gedragsnorm niet altijd even concreet is en dat onderwijsorganisaties bij de invulling van de bijbehorende zorg gedragsalternatieven hebben. Een tweede besef bij de bespreking is geweest dat de diverse zorgplichten primair verplichtingen zijn van de onderwijsorganisatie en niet van het bestuurlijk orgaan of de individuele bestuurder. Een niet-naleving van een zorgplicht zal in eerste instantie altijd worden toegerekend aan de onderwijsorganisatie. Zorgplichten zijn voor bestuurders dan ook vooral indirect van betekenis.

4.8.2 *Ontwikkeling zorgplichten*

De diverse zorgplichten zijn eigen verplichtingen van onderwijsorganisaties. Het gebruik van zorgplichten sluit aan bij de sinds de jaren tachtig aanvaarde visie op de bestuurlijke verhoudingen in het onderwijs zoals omschreven in de nota's 'Meer over management', 'De school op weg naar 2000' en HOAK. Deze visie gaat uit van (1) een globaal patroon van sturing door de overheid, waarbij detailbemoeienis zo veel mogelijk wordt vermeden, (2) een sterk beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de onderwijsorganisaties en hun bestuurders en (3) een overheid die bereid moet zijn aanvaardbare risico's te aanvaarden bij het overlaten van beslissingen aan het veld.³³⁶ De zorgplicht goed onderwijs vormt het vertrekpunt voor alle andere zorgplichten en de formulering van die zorgplicht sluit aan op de eerste gezamenlijk richtinggevende uitspraak van het Schevenings Beraad uit 1993: "1.1 De school is, binnen het raamwerk van de in de wetgeving bepaalde eisen van deugdelijkheid, verantwoordelijk voor de kwaliteit van haar onderwijs."³³⁷

De zorgplicht goed onderwijs en de daaruit voortvloeiende zorgplicht kwaliteitszorg en zorgplicht goed bestuur vormen in die zin ook afbakeningsartikelen. Zij bevestigen zowel voor het openbaar als voor het bijzonder onderwijs de autonomie van onderwijsorganisaties. Zorgplichten bieden onderwijsorganisaties – in lijn met de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden – gedragsalternatieven bij de vervulling van de door die zorgplichten bestreken rechtsnormen. Het gebruik van zorgplichten door de onderwijswetgever benadrukt dat onderwijsorganisaties bij het verzorgen van onderwijs een eigen verantwoordelijkheid hebben en dat zij daarop ook aanspreekbaar zijn, terwijl het open karakter van

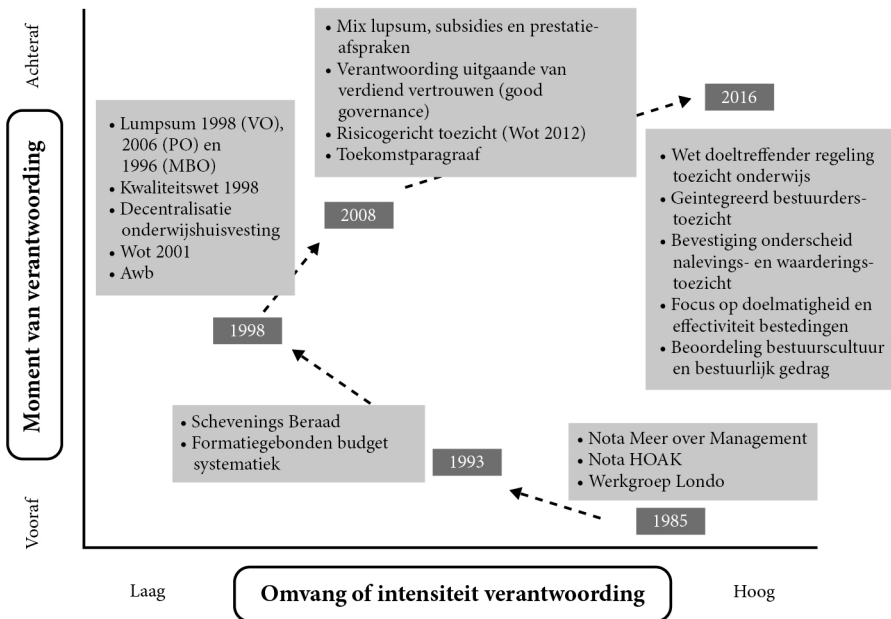
336 *Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2, p. 9.

337 Schevenings Beraad 1993, p. 19.

zorgplichten borgt dat onderwijsorganisaties – ook die in het openbaar onderwijs – bij het geven van onderwijs vrijheid toekomt.

Het aantal zorgplichten neemt toe. De in 1968 in werking getreden Wet op het voortgezet onderwijs kende voor het bijzonder onderwijs slechts de volgende bepaling: “Het schoolbestuur draagt zorg voor een deskundig beheer” (artikel 49 lid 3 Wvo). Overigens ontbraken wettelijke zorgplichten inzake goed onderwijs. Thans treffen we in alle vier de sectorwetten wel een grote hoeveelheid zorgplichten aan. Die ontwikkeling is weergegeven in schema 4.8.2.

Figuur 4.8.2 Ontwikkeling zorgplichten



Niet alleen het aantal zorgplichten is toegenomen maar ook de fijnmazigheid. Zo is de zorgplicht goed onderwijs inmiddels uitgewerkt in meerdere fijnmazige zorgplichten gericht op de kwaliteit van het onderwijs, het onderwijsproces en de onderwijssoort. Er gelden wettelijke urennormen, minimale leerresultaten en prestatienormen, al dan niet vermomd als parameters voor bekostiging. Daarbovenop komen de uitwerkingen en aanvullingen van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO in kwaliteitsaspecten, onderzoekskaders en beoordelingscriteria. Ook die uitwerkingen hebben normatieve waarde.

Deze normen worden bovendien meer subjectief van aard gelet op bewoordingen als adequaat, passend, individueel en effectief. Het aandeel *soft law* op het terrein van de kwaliteit van het onderwijs is beperkt; althans de diverse beroepsgroepen stellen niet zelf professionele standaarden voor goed onderwijs vast.

Aangezien goed bestuur door de overheid en de wetgever stelselmatig als randvoorwaarde voor goed onderwijs wordt gezien is ook de zorgplicht goed bestuur uitgewerkt in fijnmaziger voorschriften. Uit dit hoofdstuk blijkt dat inmiddels sprake is van een zorgplicht goed beheer, een zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht, een zorgplicht interne bestuursorganisatie en een zorgplicht medezeggenschap en professionele ruimte. De onderwijswetgever verlangt van onderwijsorganisaties dat de interne *checks and balances* op orde zijn en stelt met enige regelmaat bestuurlijke inrichtings- en procesvoorschriften vast. Deze ontwikkeling hangt sterk samen met de wens om (nieuwe) incidenten te voorkomen. Een andere oorzaak is de behoefte aan professioneel management op het niveau van de organisatorische eenheid en meer aandacht voor het interne draagvlak. Beide behoeftes tezamen hebben geleid tot steeds fijnmaziger wettelijke voorschriften die ook ook nog eens zijn uitgewerkt in nadere onderzoekskaders, beoordelings- en waarderingscriteria. De Module Bestuurlijk Handelen is hiervan een voorbeeld. Het aandeel *soft law* op dit terrein is aanzienlijk en is al snel normatief-ethisch van karakter. De diverse brancheorganisaties hebben branchecodes voor goed bestuur vastgesteld en zijn met ouder- en werknemersorganisaties beginselen voor goede medezeggenschap overeengekomen.

4.8.3 *Opmerkingen bij de ontwikkeling van het gebruik van zorgplichten*

Het oorspronkelijk karakter van zorgplichten is dat zij de normadressaat ruimte geven voor gedragsalternatieven om het door de wetgever benoemde belang te beschermen. Zorgplichten bevestigen in die zin het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel van het openbaar en bijzonder onderwijs. Door hun open karakter bieden zij de normadressaat gedragsalternatieven bij de naleving van de door die zorgplichten bestreken rechtsnormen. Zorgplichten passen om die reden op zich goed bij het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel en het beginsel van bestuursautonomie. Tegelijkertijd beperkt de sterke ontwikkeling van het gebruik van zorgplichten diezelfde onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties, en daarmee indirect ook de autonomie van hun bestuurders. Dit komt doordat het aantal zorgplichten toeneemt, zij steeds fijnmaziger worden en doordat het zwaartepunt van de interpretatie van de uit de diverse zorgplichten voortvloeiende rechtsnormen is verschoven naar de overheid.

De algemeen aanvaarde bestuurlijke verhouding in het onderwijs is dat het geven van onderwijs de verantwoordelijkheid is van onderwijsorganisaties, dat bestuurders die onderwijsorganisaties besturen, dat de onderwijswetgever de eisen van deugdelijkheid bij wet regelt en dat de overheid op de naleving daarvan toezicht houdt. Ten tijde van de introductie van de eerste wettelijke zorgplichten inzake de kwaliteit van het onderwijs in de jaren negentig was de oorspronkelijke gedachte dat onderwijsorganisaties, hun bestuurders en docenten zelf zorg zouden dragen voor de kwaliteitszorg en dus ook zelf het initiatief zouden nemen bij de interpretatie en verfijning van de zorgplicht goed onderwijs. In de Web en in de Whw werd om die reden bijvoorbeeld opgenomen dat het stelsel van kwaliteitszorg zo veel mogelijk in samenwerking met andere instellingen moest worden ingericht (artikel 1.3.6 lid 1 Web en artikel 1.18 lid 1 Whw). Dit eigen initiatief is echter niet van de grond gekomen. Een van de redenen hiervoor lijkt te zijn geweest de toekenning in 2002 van de bevoegdheid aan de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO om toezicht te houden uitgaande van kwaliteitsaspecten en een door hen zelf vast te stellen werkwijze. De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO hebben hierdoor de bevoegdheid gekregen om zelf onderzoekskaders, waarderingskaders, beoordelingscriteria, kwaliteitsindicatoren en modules op te stellen. Hiermee geven zij reeds vooraf een interpretatie van de wettelijke rechtsnormen. Bovendien beoordelen zij ook nog eens achteraf aan de hand van het wettelijk kader en die zelf opgestelde onderzoekskaders of onderwijsorganisaties de onderwijswetgeving naleven en of bestuurders professioneel handelen.

Deze ontwikkeling heeft ervoor gezorgd dat het initiatief bij de interpretatie van de uit de wettelijke zorgplichten voortvloeiende rechtsnormen inmiddels grotendeels berust bij de overheid. Dat is strijdig met het binnen het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel passende idee dat onderwijsorganisaties, bestuurders en docenten met inachtneming van de wettelijke deugdelijkheidseisen de in acht te nemen professionele standaard invulling geven. Het effect is dat de diverse zorgplichten in de onderwijswetgeving niet langer het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel en de bestuursautonomie beschermen, maar vooral de overheid op steeds fijnmaziger terreinen een vangnet bieden. Het open karakter van de diverse zorgplichten staat daardoor niet langer ten dienste van de onderwijsorganisaties als normadressaat. Dit effect heeft extra gewicht doordat de onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO openbaar zijn, de Inspectie van het Onderwijs sinds 2012 zelf handhavend op kan treden en de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO zich ook richten op het waarderingstoezicht (zie verder hoofdstuk 5).

De vraag die opkomt is of het gebruik van zorgplichten nog wel voldoet aan beginselen van rechtszekerheid, legaliteit en proportionaliteit; en daarmee ook het beginsel van onderwijsrechtelijke autonomie. Over de rechtszekerheid van de diverse zorgplichten is in dit hoofdstuk reeds het nodige gezegd. De rechtszekerheid van een norm wordt voor

een belangrijk deel beïnvloed door de vraag wie de betrokken zorgplicht interpreteert. Naarmate bestuurders minder ruimte hebben om zelf omvang en reikwijdte van een bij de zorgplicht behorende rechtsnorm te interpreteren, neemt voor hen de rechtszekerheid van die zorgplicht af. Met betrekking tot het legaliteitsbeginsel kan erop worden gewezen dat handhaving van zorgplichten door de overheid voldoende terughoudendheid verlangt. Bij de introductie van bijvoorbeeld de wettelijke ondergrens van minimumleerresultaten in 2010 werd dat ook bevestigd.³³⁸ Die terughoudendheid is echter verlaten nu individuele zorgplichten steeds fijnmaziger zijn geworden en die zorgplichten in lagere regelgeving, onderzoekskaders en beleidsregels nader zijn uitgewerkt. Daarnaast geldt dat het vereiste terughoudend beroep op zorgplichten niet wil zeggen dat gedurende onderzoeken en in gesprekken met onderwijsorganisaties en bestuurders de feitelijke opstelling van de overheid ook terughoudend is. Reeds de impact van een openbaar onderzoeksrapport, ook als die meer waarderend van karakter is, is in de praktijk groot. Dat tast de proportionaliteit van de diverse zorgplichten aan.

Het voorgaande knelt des te meer omdat, zoals de Onderwijsraad in 1997 opmerkte en de Raad van State in 2008 meegaf, nut en noodzaak van het stellen van nadere voorschriften en normstelling niet altijd voldoende worden onderbouwd door de overheid en de nadere norm niet altijd objectief, meetbaar en absoluut is.³³⁹ Dit zet de legaliteit en proportionaliteit van de diverse fijnmazige zorgplichten verder onder druk. Bovendien is een te ruime interpretatieruimte strijdig met het uitgangspunt van artikel 23 Grondwet dat deugdelijkheidseisen bij wet moeten worden geregeld. De wijze waarop de module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen tot stand is gekomen illustreert dit. Eerst was dit een hulpmiddel bij een algemeen onderzoek naar de kwaliteit van het bestuurlijk handelen in Noord-Nederland. Later werd dit hulpmiddel zonder verdere discussie met het veld omgevormd tot een module Kwaliteit Bestuurlijk Handelen op basis waarvan in specifieke onderzoeken een beoordeling wordt gegeven omtrent de naleving van de zorgplicht goed bestuur en de professionaliteit van bestuur en beheer.³⁴⁰ Het ruimtelatend karakter van de zorgplicht goed bestuur wordt zo verlaten en beperkt.

338 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 19-20 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 5. Zie tevens Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskaders 2013 voor PO en VO*, november 2012.

339 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 6-7.

340 Zie paragraaf 4.4.4.

4.8.4 *Betekenis van zorgplichten voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs*

Een bestuurder in het onderwijs is bestuurder van een onderwijsorganisatie. Hij heeft een bestuurlijke taak en verantwoordelijkheid. Onderdeel van zijn taak als lid van het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon is dat hij afweegt of de onderwijsorganisatie voldoet aan de wettelijke deugdelijkheidseisen; en dus aan de voorwaarden voor bekostiging. Elk wettelijke voorschrift beperkt de onderwijsrechtelijke autonomie van de onderwijsorganisatie en daarmee de autonomie van de bestuurder. Dat geldt niet alleen voor de wettelijke voorschriften gericht op doel en inhoud van het onderwijs (kerndoelen; schoolsoorten; profielen; vakkenpakket; aantal lessen) maar ook voor de wettelijke voorschriften gericht op het proces van bestuur, beheer en beleid (kwaliteitszorg; schoolplan; schoolgids; goed bestuur, scheiding functies bestuur en intern toezicht; goed beheer; medezeggenschap). Het voldoen aan deze wettelijke voorschriften is een voorwaarde voor bekostiging en beïnvloedt de richting en inrichting van het onderwijs en de bestuurlijke inrichting van de onderwijsorganisatie. Als gevolg beperken zorgplichten indirect ook de omvang van de bestuursautonomie.

Veel van de wettelijke voorschriften op het terrein van goed onderwijs en goed bestuur hebben het karakter van zorgplichten. Als stelregel kan gelden dat naarmate het aantal zorgplichten groter is en die zorgplichten fijnmaziger zijn, dat ook geldt voor de bij die zorgplichten behorende normcondities. Hierdoor hebben bestuurders minder vrijheid om zelf het bestuurlijk beleid te bepalen. Als gevolg neemt eigenlijk ook het ‘zorgplichtkarakter’ van de verschillende bepalingen af. Immers, hun ruimte voor gedragsalternatieven slinkt. Mogelijk negatief effect is dat bestuurders bij het maken van beleidskeuzes defensiever gedrag vertonen en minder bereid zijn te experimenteren. Dat alleen al is strijdig met het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel en hun bestuursautonomie. Herbezinning op het gebruik van zorgplichten is daarom wenselijk. Een terughoudender gebruik van zorgplichten als wetgevingsinstrument en meer vertrouwen in *soft law* en professionaliseringstrajecten van bestuurders lijkt op zijn plaats. Alternatief is een terughoudender en proportioneler handhaving van zorgplichten.

Het voorgaande is voor bestuurders mede relevant omdat het vaststellen van steeds fijnmaziger zorgplichten suggereert dat onderwijsorganisaties steeds aan de door die zorgplichten bestreken nieuwe rechtsnorm kunnen voldoen. Dat leidt tot steeds hogere verwachtingen van het functioneren van hun bestuurders. Die verwachtingen worden verder verhoogd door nadere interpretaties van overheidswege, het gebruik van waarderingskaders, het uitwerken in modules en het hanteren van subjectieve bewoordingen als doelmatig, effectief, adequaat en passend. De toenemende fijnmazigheid leidt bovendien tot een extra paradox.

Doordat de diverse wettelijke zorgplichten sneller onderling verstrengeld kunnen raken wordt een beroep gedaan op de bestuurder om de bij die verschillende zorgplichten behorende maar soms tegenstrijdige belangen af te wegen. Dat verstaat zich echter slecht met een intensivering van het externe toezicht.

HOOFDSTUK 5 – EXTERN TOEZICHT DOOR DE OVERHEID KRACHTENS PUBLIEKRECHT

5.1 INLEIDING

5.1.1 *Vooraf*

In de voorgaande hoofdstukken is mede aan de hand van een analyse van de kernbegrippen in de onderwijswetgeving beschreven wat de taak van een bestuurder van een onderwijsorganisatie is en aan welke zorgplichten in de onderwijswetgeving onderwijsorganisaties hebben te voldoen.

In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij het externe toezicht zoals dat voortvloeit uit het publiekrecht en dan in het bijzonder de diverse onderwijssectorwetten en de Wot. De taken en bevoegdheden van externe toezichthouders geven invulling aan de verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties en tussen overheid en bestuurders. Dat geldt ook voor de wijze waarop de externe toezichthouders, zoals de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO, van de hun toekomende instrumenten gebruikmaken, de wijze waarop zij hun onderzoeken inrichten en de beoordeling van dit toezicht door de rechter.

5.1.2 *Vraagstelling en opzet hoofdstuk*

De vraag die in dit hoofdstuk aan de orde komt, is wat de betekenis is van het externe toezicht voor de positie van de bestuurder in het onderwijs.

Om op deze vraag een antwoord te kunnen geven wordt gebruikgemaakt van twee deelvragen.

1. Welke taken hebben de externe toezichthouders in het onderwijs en hoe is hun werkwijze ingericht?
2. Welke publiekrechtelijke interventie-instrumenten heeft de overheid tot haar beschikking en hoe maakt zij daarvan gebruik?

Ten behoeve van de beantwoording van de eerste deelvraag wordt in paragraaf 5.2 een schets gegeven van het externe toezicht in zijn algemeenheid en de inbedding van dat externe toezicht in het algemeen bestuursrechtelijk kader. De taken van de Inspectie van

het Onderwijs en de NVAO komen aan bod in paragraaf 5.3. In paragraaf 5.4 wordt aandacht besteed aan de bijzonderheden van het gemeentelijk toezicht. Het hart van dit hoofdstuk wordt gevormd door paragraaf 5.5. Ten behoeve van de beantwoording van de tweede deelvraag worden de diverse publiekrechtelijke interventie-instrumenten van de overheid besproken. Per instrument wordt ingegaan op de wettelijke grondslag en het juridisch karakter. Bij de analyse van de diverse instrumenten is gebruikgemaakt van de onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs en de jurisprudentie. Het hoofdstuk sluit af met een concluderende paragraaf 5.6.

Uit dit hoofdstuk zal blijken dat het externe toezicht weinig onderscheid maakt tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs. De toezichthoudende taken en bevoegdheden van de gemeenteraad met betrekking tot het openbaar onderwijs en de borging van het openbaar karakter van dat onderwijs vormen vooral een aanvulling op het generieke toezicht. Om die reden wordt in dit hoofdstuk beperkt aandacht besteed aan de rol van de gemeenteraad als toezichthouder. Ook de specifieke kenmerken van het toezicht op het bijzonder onderwijs komen beperkt aan bod. Weliswaar dient de Inspectie van het Onderwijs het toezicht uit te oefenen met inachtneming van de vrijheid van onderwijs (artikel 4 lid 1 Wot), maar deze randvoorwaarde speelt slechts een rol bij de materiële beoordeling door de overheid van de inhoud van het onderwijs of het personeelsbeleid en veel minder bij de vormgeving en inzet van interventie-instrumenten als zodanig.

Het onderzoek voor dit hoofdstuk werd aanvankelijk afgerond op 1 januari 2016. Na die datum heeft de Tweede Kamer de Wet doeltreffender regeling onderwijstoezicht aangenomen.¹ Waar mogelijk is dit wetsvoorstel verwerkt in dit hoofdstuk. Dat geldt ook voor de hoofdlijnen van de door de Inspectie van het Onderwijs in concept opgestelde onderzoekskaders 2017.²

5.1.3 *Extern toezicht door de overheid en publiekrecht*

Onder publiekrecht wordt in dit hoofdstuk verstaan de wet- en regelgeving die ziet op de verhouding tussen overheid en andere rechtssubjecten en die de verhouding tussen overheidsinstanties onderling regelt. Dit maakt het mogelijk het internationaal recht, de Grondwet, het algemeen bestuursrecht, bijzondere wetten als de Comptabiliteitswet 2001 en de bijzondere onderwijswetgeving onder één noemer te plaatsen. Het privaatrecht regelt

1 *Kamerstukken II* 2015/16, 33862, nr. A.

2 Concept Onderzoekskader 2017 PO, Concept Waarderingskader 2017 PO, Concept Onderzoekskader 2017 VO, Concept Waarderingskader 2017 VO, Concept Onderzoekskader 2017 MBO en Concept Waarderingskader 2017 MBO.

juist primair de onderlinge rechtsverhouding tussen burgers en rechtspersonen. De betekenis van het privaatrecht voor de bestuurder is onderwerp van hoofdstuk 6.

In paragraaf 5.2 wordt langer stilgestaan bij de verhouding tussen het algemene bestuursrecht en de bijzondere onderwijswetgeving. Voor de nadere lezing van dit hoofdstuk is het echter nuttig hier al op te merken dat in dit hoofdstuk de volgende uitgangspunten worden gehanteerd.

- De verhouding tussen de onderwijswet- en regelgeving enerzijds en de Awb en de Comptabiliteitswet 2001 is te begrijpen als een ‘gelaagd’ systeem, waarbij de Awb en de Comptabiliteitswet 2001 de algemene bestuursrechtelijke rechtsregels bevatten (‘lex generalis’) en de onderwijswet- en regelgeving de ‘lex specialis’ is.
- Bekostiging kwalificeert als subsidie en derhalve is de in de Awb uitgewerkte subsidietitel van toepassing (artikel 4:21 lid 4 Awb).
- De minister van OCW, de Inspectie van het Onderwijs, de NVAO en de gemeenteraad (voor wat betreft het openbaar onderwijs) zijn toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb, en in het kader van het toezicht op de naleving van de onderwijswet- en regelgeving is naast de bijzondere onderwijssectorwetgeving ook hoofdstuk 5 Awb van toepassing.
- De minister van OCW en door hem gemandateerden kunnen informatie en inlichtingen verlangen over de uitoefening van hun veronderstelde wettelijke taken en hebben controlerende bevoegdheden (artikel 43 lid 1 onder c Comptabiliteitswet 2001; zie ook Besluit aanwijzing personen belast met het inzage- en kopieerrecht).

5.1.4 *Relevantie extern toezicht voor de bestuurder*

Het beantwoorden van de geformuleerde deelvragen – en daarmee het bestuderen van de vormgeving van het externe toezicht in het onderwijs – is wenselijk omdat het iets zegt over het mogelijke effect van het externe toezicht en de bijbehorende handhaving op de continuïteit van onderwijsorganisaties en de gerichtheid van dat externe toezicht op het eigen functioneren van bestuurders als lid van het bestuurlijk orgaan.

Uit dit hoofdstuk zal blijken dat de wijze waarop het externe toezicht is vormgegeven en uitvoering krijgt, niet alleen van betekenis is voor de rechtsverhouding tussen de overheid en de onderwijsorganisatie maar ook voor de positie van de bestuurder in het onderwijs. De reden hiervan is dat de overheid niet alleen beoordeelt of onderwijsorganisaties de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften naleven maar die overheid ook een bevorderende en stimulerende rol vervult en het externe toezicht risicogericht van aard is. Voor de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften geldt

dat elk handelen van het bestuur van de onderwijsorganisatie wordt toegerekend aan de onderwijsorganisatie. In de praktijk van het externe toezicht is het bestuur gesprekspartner en artikel 4 lid 3 Wot bepaalt dat de intensiteit van het externe toezicht afhankelijk is van het oordeel over de wijze waarop de professionaliteit van het bestuur is gewaarborgd. In het kader van zowel het beoordelend als het stimulerend toezicht wordt bovendien een oordeel gegeven over de wijze waarop het bestuur invulling geeft aan de kwaliteitsgebieden kwaliteitszorg en ambitie (kwaliteitszorg, kwaliteitscultuur, verantwoording en dialoog) en financieel beheer (continuïteit, rechtmatigheid en doelmatigheid). Tot slot is de overheid ook bevoegd om – in het licht van de in dit hoofdstuk te bespreken aanwijzingsbevoegdheid – te beoordelen of sprake is van wanbeheer van één of meer bestuurders.

Als gevolg kijkt het externe toezicht als het ware door de onderwijsorganisatie heen en kan de focus van het externe toezicht al snel komen te liggen op het functioneren van het bestuur en zijn individuele leden. De aan externe toezichthouders toegekende taken en bevoegdheden in combinatie met hun werkwijze doordringen zo de beschermende wal van de rechtspersoon. Het externe toezicht op onderwijsorganisatie richt zich hierdoor ook op het functioneren van individuele bestuurders. Dat beïnvloedt hun juridische positie en beperkt in potentie hun bestuursautonomie.

De mate waarin extern toezicht betekenis heeft voor de juridische positie van bestuurders wordt uiteraard niet alleen beïnvloed door de wettelijke taken en bevoegdheden van externe toezichthouders of hun werkwijze en rolopvatting. Van belang is ook hoe bestuurders en hun omgeving het externe toezicht ervaren, wettelijke en niet-wettelijke normen en kaders interpreteren en toezichthoudende bevoegdheden uitleggen. Het enkele gegeven dat sprake is van extern toezicht leidt reeds tot aanpassing van het gedrag en het rekening houden met de mogelijkheid dat (achteraf) door de overheid wordt geïntervenieerd. Zowel normstelling als extern toezicht leidt tot regeldruk. Ook die voor een deel ervaren regeldruk neemt toe naarmate de complexiteit van het normenkader groter is en over ieders taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden meer onduidelijkheden bestaan. Om de (ervaren) regeldruk te beperken worden met enige regelmaat afspraken gemaakt over het wegnemen van deze (ervaren) regeldruk.³ Ook worden er toezeggingen gedaan om te komen tot regelluwe scholen, experimenteerruimtes, prestatieafspraken en pilotprojecten.⁴

3 Ministerie van OCW en brancheorganisaties, *Nationaal Onderwijsakkoord*, Den Haag 19 september 2013 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/2014, 33750 VIII, nr. 8).

4 Ministerie van OCW en brancheorganisaties, *Regeldrukagenda Onderwijs 2014-2017* Den Haag, 18 december 2014 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29515, nr. 356 en 357).

5.2 EXTERN TOEZICHT IN HET ALGEMEEN EN DE VERHOUDING TUSSEN ALGEMEEN BESTUURSRECHT EN ONDERWIJSWETGEVING

5.2.1 *Inleiding*

Om inzicht te kunnen krijgen in de betekenis van het externe toezicht voor de positie van de bestuurder, is het wenselijk een algemene schets te geven van het externe toezicht. Paragraaf 5.2.2 besteedt aandacht aan enkele basisbegrippen van extern toezicht en in paragraaf 5.2.3 wordt stilgestaan bij de wettelijke grondslag van de diverse (publiekrechtelijke) interventie-instrumenten. Aangezien uit de beschrijving van de wettelijke grondslag blijkt dat het algemeen bestuursrecht en de onderwijswetgeving in verhouding tot elkaar staan, wordt in de paragrafen 5.2.4 tot 5.2.6 aandacht besteed aan de bijzonderheden van de verhouding tussen het algemeen bestuursrecht en de onderwijswetgeving.

5.2.2 *Basisbegrippen van extern toezicht*

Handhaving

Wat wordt nu bedoeld met de begrippen handhaving, toezicht, interventie en sanctie? In de juridische literatuur wordt onder handhaving verstaan ‘elke handeling die erop gericht is de naleving van rechtsregels te bevorderen’. Deze definitie is ontleend aan Michiels en is nuttig omdat daaronder ook worden begrepen vormen van handhaving zoals openbaarmaking en voorlichting.⁵ Schlössels hanteert voor handhaving de omschrijving “het toezien op de naleving van wettelijke voorschriften en het sanctioneren van handelingen die in strijd zijn met de wettelijke voorschriften”.⁶ Binnen deze omschrijving kunnen twee fases worden onderscheiden: (1) het toezicht op de naleving door het verrichten van onderzoek of een wettelijke norm is of wordt nageleefd en (2) de fase waarin een sanctie wordt opgelegd of daarvan wordt afgezien.⁷ Deze tweede fase duiden zij ook wel aan als de fase van ‘handhaving in enge zin’ of de fase van ‘sanctionering’.

Toezicht

Tezamen kan het ‘toezicht op de naleving’ en de ‘handhaving in enge zin’ worden aangeduid als ‘toezicht’. Op het moment dat handhaving is gericht op het onderzoeken, treffen en tenuitvoerleggen van sancties en maatregelen, staat handhaving synoniem voor toezicht.⁸ We hebben het dan over extern toezicht gericht op de uitoefening van publieke taken door

⁵ Michiels 1995, p. 12.

⁶ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 941.

⁷ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 946.

⁸ Michiels & Muller 2006, p. 10.

organisaties die niet tot de overheid behoren.⁹ Toezicht is daarbij een cyclisch proces dat bestaat uit “het verzamelen van informatie, het op basis daarvan beoordelen van het gedrag van de normadressaat in het licht van de na te leven norm en het zo nodig plegen van een interventie gericht op gedragsverandering”.¹⁰ Dit externe toezicht is voor het onderwijs geregeld in de Awb, de diverse onderwijssectorwetten en in de voor alle onderwijssectoren geldende Wot.

De Wot definieert niet het begrip toezicht, maar bepaalt wel dat het toezicht is opgedragen aan de Inspectie van het Onderwijs en welke taken het toezicht omvat. In 2015 omvatte het toezicht blijkens artikel 3 lid 2 Wot – samengevat – de volgende taken:

- a. het beoordelen en bevorderen van de kwaliteit van het onderwijs;
- b. het beoordelen en bevorderen van de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften;
- c. het beoordelen en bevorderen van de kwaliteit van het stelsel voor hoger onderwijs;
- d. het beoordelen en bevorderen van de financiële rechtmatigheid en doelmatigheid en doelmatigheid;
- e. het rapporteren over de ontwikkeling van het onderwijs; en
- f. het verrichten van andere bij of krachtens de wet aan de inspectie opgedragen taken.

Het initiatiefwetsvoorstel Doeltreffender regeling onderwijstoezicht beoogt dit te wijzigen door een onderscheid te maken tussen toezien en bevorderen.¹¹ Daartoe wordt in artikel 3 Wot – samengevat – een onderscheid gemaakt tussen:

- het toezien op de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften;
- het bevorderen van de ontwikkeling (in het bijzonder van de kwaliteit) van het onderwijs aan en het bestuur van onderwijsinstellingen en de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het stelsel van hoger onderwijs, met inbegrip van het stelsel van accreditatie, bedoeld in artikel 1.1, onderdelen q, r en s, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek;
- het beoordelen en bevorderen van de financiële rechtmatigheid en doelmatigheid;
- het rapporteren over de ontwikkeling van, in het bijzonder de kwaliteit van, het onderwijs.

9 *Kaderstellende visie op toezicht* 2005, p. 11. Zie ook WRR 2013. Voor het kleine aantal openbare scholen dat nog door de overheid in stand wordt gehouden en voor de publiekrechtelijke rechtspersonen die openbaar onderwijs verzorgen, roept dit de theoretische vraag op ook bij hen sprake is van extern toezicht. Immers, behoren zij nu wel of niet de overheid? Gelet op de in elk geval functionele zelfstandigheid van het openbaar onderwijs wordt in dit hoofdstuk ervan uitgegaan dat bij al het openbaar onderwijs sprake is van extern toezicht.

10 Winter 2010.

11 *Kamerstukken I* 2015/16, 33862, nr. A.

Het initiatiefwetsvoorstel is illustratief voor een ontwikkeling waarbij het externe toezicht zich niet alleen richt op het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving, maar ook op het waarderen, stimuleren en bevorderen van onderwijsorganisaties en hun prestaties.¹² Het object van het externe toezicht is hierdoor ruimer; het ziet ook op het vormen van een oordeel over de kwaliteit van het onderwijs bovenop de wettelijke basisnorm, het detecteren van potentiële risico's en het tijdelijk intensiever volgen van een onderwijsorganisatie. Ook voor dat extern toezicht geldt echter dat op enig moment behoefte bestaat aan objectivering van de onderliggende keuzes om excellentie te belonen, risico-indicatoren te beoordelen of tot intensiever toezicht over te gaan. Het vergt normstelling, onderzoek en beoordeling.

Interventie en sanctie

Het begrip interventie is onderdeel van het complex van toezicht en handhaving. Op het moment dat besloten wordt om tot handhaving in enge zin over te gaan, dient een keuze te worden gemaakt voor het in te zetten interventie-instrument. De overheid kan daarbij beschikken over een groot aantal interventie-instrumenten: van maatregelen tot sancties gericht op herstel en meer punitieve sancties. Uitgangspunt van het publiekrecht is dat elke sanctie een wettelijke grondslag kent (legaliteit), dat de overheid bij de introductie en de inzet van een interventie-instrument een afweging maakt (proportionaliteit en evenredigheid) en dat – in elk geval op het moment dat sprake is van een sanctie – degene die hierdoor in zijn belang wordt getroffen daartegen in rechte op kan komen (rechtsbescherming).

Sancties zijn ook interventies. Wanneer sprake is van niet-naleving van een wettelijk voorschrift kan door degene die over de sanctiebevoegdheid beschikt worden overgegaan tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Het betreffende bestuursorgaan legt dan wegens een overtreding een verplichting op of onthoudt een aanspraak. Artikel 5:2 Awb maakt binnen deze bestuurlijke sancties een onderscheid tussen de herstelsanctie (ongedaan maken of beëindigen overtreding dan wel het wegnemen of beperken van de gevolgen van de overtreding) en de bestraffende sanctie (gericht op leedtoevoeging). De in de Awb geregelde bestuurlijke boete is een voorbeeld van een bestraffende sanctie. Het intrekken of wijzigen van een eerdere begunstigde beschikking, zoals een vergunning of subsidie, wordt ondanks de eventuele omvang van die intrekking of wijziging gewoonlijk niet als een bestraffende sanctie gezien maar als een herstelsanctie.¹³

12 *Transitie in Toezicht* 2014. Zie ook kabinetsreactie op het initiatiefwetsvoorstel Doeltreffender regeling onderwijstoezicht: *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 14 en Zoontjens 2015.

13 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 447-448 en p. 475-477.

Of elke interventie steeds een sanctie is in de zin van de Awb, is niet altijd even inzichtelijk. Een interventie kan inhouden het geven van een (informele) waarschuwing, het doen van nader onderzoek of het openbaar maken van onderzoeksresultaten. Dit soort interventies kunnen worden ervaren als sancties, maar voldoen niet altijd aan de definitie van bestuurlijke sanctie als bedoeld in artikel 5:2 Awb.

Interventiepiramide

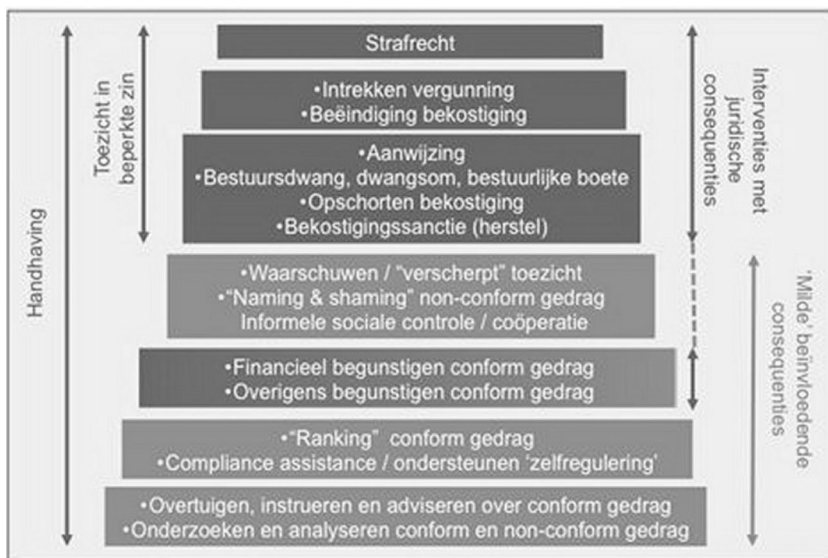
Bij de inzet van interventies en bestuurlijke sancties kan als uitgangspunt gelden dat zwaardere interventies en sancties pas worden ingezet als lichtere vormen geen soelaas bieden. Dit uitgangspunt kan inzichtelijk worden gemaakt met de zogeheten interventiepiramide.¹⁴ De minister van OCW hanteerde deze interventiepiramide in 2006 in de Beleidsnota 'Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht'.¹⁵ In 2014 werkte ik deze piramide verder uit, hetgeen resulteerde in onderstaande figuur.¹⁶ Aan de hand van de interventiepiramide kan worden bepaald welk instrument voorhanden is in het betreffende stadium en welke alternatieven er zijn. Het ontnemen van een recht op bekostiging ligt bijvoorbeeld niet voor de hand als niet eerst een waarschuwing is gegeven. De minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs hebben de interventiepiramide vertaald naar een zogeheten escalatieladder.¹⁷ Deze ladder gaat uit van het opschalen van (a) (kleine) formaliteit naar (b) intensief toezicht, (c) verscherpt toezicht wegens een hoog financieel risico, zeer zwak onderwijs of sanctietraject gericht op naleving en uiteindelijk (d) aangepast toezicht wegens toenemende ernst, langdurigheid en/of nieuwe signalen. Voor een goed begrip van de interventiepiramide geldt wel de kanttekening dat een op het oog milde interventie niet betekent dat de gevolgen niet groot kunnen zijn.

14 De figuur van de interventiepiramide is onder meer ontleend aan de werkzaamheden van Geelhoed. Zie Startwerkgroep beleidsinstrumenten in directe zin (o.l.v. A. Geelhoed), *De interveniërende staat: Aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1983. Hierin werd kort gezegd gepleit voor het hanteren van verschillende instrumenten op het moment van deregulering en marktwerking en het daartoe inrichten van extern (mededingings)toezicht.

15 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30183, nr. 11 (Beleidsnota Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht). Zie vergelijkbare piramides in WRR 2013, p. 59 en Winter 2010, p. 9.

16 Nolen 2014, p. 105.

17 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 27.

Figuur 5.2.2 Interventiepiramide onderwijs

5.2.3 *Wettelijke grondslag interventies en overzicht publiekrechtelijke interventies*

De wettelijke grondslag van interventies verschilt. Bij interventies door de overheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen (1) publiekrechtelijke interventies, al dan niet inhoudende de oplegging van een bestuurlijke sanctie, (2) privaatrechtelijke interventies en (3) feitelijk handelen.¹⁸

De publiekrechtelijke interventie-instrumenten kunnen worden onderscheiden in instrumenten die te vinden zijn in (1) de Awb, (2) de bijzondere onderwijswetgeving en (3) het strafrecht. In het overzicht dat is opgenomen in bijlage 5.2.3 worden de algemeen bestuursrechtelijke interventie-instrumenten en de in de onderwijssectorwetten opgenomen interventie-instrumenten weergegeven (Bijlage 5.2.3 – *Overzicht publiekrechtelijke interventie-instrumenten in het onderwijs*).

Uitgaande van de interventiepiramide is ook een onderverdeling mogelijk tussen (a) bijzondere administratie-, informatie- en verantwoordingsverplichtingen, (b) onderzoeks- en controlebevoegdheden en (c) bestuurlijke sancties. Onder bestuurlijke sancties worden

¹⁸ In dit onderzoek ga ik niet in op de strafrechtelijke handhaving door politie en justitie.

als vermeld die sancties verstaan die vallen onder de reikwijdte van artikel 5:2 Awb. Dit betekent dat voor de inzet van die sancties het steeds noodzakelijk is dat sprake moet zijn van een overtreding die is toe te rekenen aan de onderwijsorganisatie. Met betrekking tot de in de Awb geregelde interventie- en sanctie-instrumenten geldt dat de Awb zelf neutraal is. De rechtsnorm wordt gesteld door de onderwijssectorwetten. Dit betekent dat de vraag of tot een door de Awb of de onderwijswetgeving geregelde interventie of bestuurlijke sanctie kan worden overgegaan, steeds afhankelijk is van de vraag of wel of niet aan de uit de onderwijswet- en regelgeving voortvloeiende rechtsnorm wordt voldaan.

Omdat de overheid ook rechtssubject kan zijn en deelneemt aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer, kan zij afhankelijk van de omstandigheden in potentie ook een beroep doen op het privaatrecht om toezicht te houden op het functioneren van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. De mogelijke interventies op basis van het privaatrecht worden besproken in hoofdstuk 6.

Op de betekenis van het strafrecht voor bestuurders wordt in dit onderzoek verder niet ingegaan. Wel is voor in elk geval de private rechtspersonen het vermelden waard dat bij mogelijk door hen begane strafbare feiten, strafvervolgning kan worden ingesteld en bij veroordeling straffen en maatregelen kunnen worden uitgesproken tegen zowel die private rechtspersoon als tegen “hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging” (artikel 51 Wetboek van Strafrecht). Voor strafbaarheid is vereist dat de bestuurder in het specifieke geval feitelijk leiding heeft gegeven, dat hij beschikt over positieve wetenschap van het strafbare feit en dat sprake is van een situatie van aanvaarding en nalaten.¹⁹ Uit de jurisprudentie blijkt overigens dat bestuurders van onderwijsorganisaties soms wel degelijk strafrechtelijk worden vervolgd, bijvoorbeeld als sprake is van fraude in de hoedanigheid van bestuurder.²⁰ Ook zijn er voorbeelden bekend van leidinggevende directeuren bij onderwijsorganisaties die strafrechtelijk werden vervolgd.²¹ Het gaat in al deze zaken steeds om personen die zichzelf of naasten financieel verrijken.

19 A. Verbruggen, *Sdu Commentaar Strafrecht*, Artikel 51, Aant. C.2, 2015 met verwijzingen naar HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en NJ 1987/322 (Slavenburg), HR 19 november 1985, NJ 1986/125. HR 22 maart 1983, NJ 1983/502, HR 23 juni 1987, NJ 1988/44 en HR 5 januari 1988, DD 88/176.

20 Rb. Maastricht 14 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV3902.

21 Zie o.a. Rb Assen 4 november 2011, ECLI:NL:RBASS:BU3341 (Strafrechtelijk vonnis directeur Arnhemse Buitenschool voor medeplegen bij opmaken van gefingeerde dienstverbanden en benoemingsbrieven); Rb. Maastricht 14 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV3909 (Strafrecht; directie El Wahda).

5.2.4 *Het bestuursrecht als gelaagd systeem*

De verhouding tussen de onderwijswet- en regelgeving en het algemeen bestuursrecht is zonder meer complex te noemen.²² Het gegeven dat bekostiging subsidie is, brengt mee dat de subsidietitel uit de Awb van toepassing is op de bekostiging. Onderwijswet- en regelgeving is dan ook bijzonder bestuursrecht. De Awb bevat de algemene regels voor het bestuursrecht. Met dit uitgangspunt in het achterhoofd is reeds in de inleiding op dit hoofdstuk aangegeven dat bekostiging is aan te merken als subsidie en dat de in de Awb uitgewerkte subsidietitel van toepassing is (artikel 4:21 lid 4 Awb). De verhouding tussen de onderwijswet- en regelgeving enerzijds en de Awb en de Comptabiliteitswet 2001 is te beschouwen als een ‘gelaagd’ systeem. De Awb en de Comptabiliteitswet 2001 omvatten de algemene bestuursrechtelijke rechtsregels en de onderwijswet- en regelgeving bevatten de voor het onderwijs geldende bijzondere bepalingen en vormen de ‘lex specialis’.

Wat betekent deze gelaagdheid nu voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders?

Het doel van de Awb is dat deze de algemene regels geeft die gelden in het bestuursrecht en dus in de rechtsverhouding tussen bestuursorganen en burgers.²³ De Awb bepaalt bijvoorbeeld wanneer sprake is van een besluit en aan welke eisen de overheid zich als bestuursorgaan heeft te houden als zij een besluit neemt. Ook voorziet de Awb in de algemene bepalingen betreffende bezwaar en beroep, de wijze waarop bestuursorganen klachten moeten behandelen en de mogelijkheid voor bestuursorganen om bevoegdheden door anderen te laten uitoefenen. Verder kent de Awb een uitgewerkte regeling voor de verlening, vaststelling en eventuele wijziging of intrekking van subsidies (Hoofdstuk 4) en gaat de Awb in op de handhaving door bestuursorganen en het toezicht op naleving door toezichthouders (Hoofdstuk 5). Het bestaan van deze algemene regels moet de toegankelijkheid van het bestuursrecht, de rechtszekerheid en de rechtseenheid voor zowel overheid als burgers bevorderen.²⁴

22 Vermeulen & Poot 2010, p. 375. Zie ook Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 134-142.

23 De vraag wie rechtzoekende is, is afhankelijk van de omstandigheden. Voor zover het betreft het door onderwijsorganisaties uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid treden zij op als bestuursorgaan. Hier is er dus wel degelijk een verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Op het moment dat deze uitoefening uitmondt in een bestuursrechtelijk besluit, hebben ouders en studenten als belanghebbenden (en dus rechtzoekenden) de mogelijkheid om hiertegen in bezwaar en beroep te gaan. Bestuurders en onderwijsorganisaties kunnen echter ook zelf belanghebbende (en dus rechtzoekende) zijn op het moment dat het gaat om hun verhouding tot de minister van OCW, de Inspectie van het Onderwijs of de gemeente. Dat is het geval bij bestuurlijke handhaving en toezicht en bij de inzet door hen van een interventie-instrument.

24 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 4-5. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25280, nr. 3, p. 1.

De onderwijswet- en regelgeving bevat bijzondere bestuursrechtelijke regels. Het idee is dat bij de toepassing van onderwijswet- en regelgeving de in de Awb uitgewerkte algemene begrippen, systematiek, instrumentarium en waarborgen worden gevolgd tenzij de bijzondere regels anders bepalen.²⁵ Dit 'gelaagd systeem' bevordert in potentie de coherentie, toegankelijkheid en efficiëntie van het bestuursrecht. De gelaagdheid biedt de mogelijkheid om in de onderwijswet- en regelgeving aan te geven of en zo ja wanneer de algemene bestuursrechtelijke regels niet van toepassing zijn dan wel zijn aangevuld. Daarvoor heeft de onderwijswetgever, binnen de grenzen van artikel 23 Grondwet, volop ruimte. Een dergelijke bepaling vormt alsdan bij de toepassing van het recht de 'lex specialis' ten opzichte van de algemene bepalingen in de Awb als 'lex generalis'. De gelaagdheid brengt ook mee dat in beginsel de onderwijswet- en regelgeving de materiële normen bevat voor het handelen van onderwijsorganisaties. Dat biedt vervolgens de mogelijkheid om de Awb inhoudelijk als neutraal aan te merken. De Awb bevat bij de toepassing van het recht de voor algemene of normale gevallen beste hoofdregel, maar bevat niet ook de materiële norm waaraan burgers jegens bestuursorganen hebben te voldoen.

In de literatuur is opgemerkt dat deze gelaagdheid voordelen heeft bij de ontwikkeling van nieuwe deelterreinen en nieuwe wetgeving.²⁶ Er is dan immers al sprake van een algemeen begrippenkader en de bijzondere wet hoeft alleen nog het inhoudelijke beoordelingskader uit te werken.²⁷ Ook wordt wel gewezen op de waarborgfunctie van het algemeen bestuursrecht en de daaruit volgende zelfbeheersing.²⁸ Het gegeven dat de Awb de algemene regels inzake rechtsbescherming regelt, maakt dat het gebruik van in een bijzondere wet benoemde bevoegdheid door de overheid wordt begrensd door de reeds uit de Awb voortvloeiende (processuele) waarborgen. Een afwijking, ook als die afwijking is opgenomen in de bijzondere onderwijswetgeving, behoeft eigenlijk altijd een extra motivering.

De gelaagdheid heeft echter ook nadelen.²⁹ Zo kan de vraag worden gesteld of in het kader van harmonisatie of bij toevoeging door de onderwijswetgever van nieuwe interventie-instrumenten niet extra aandacht moet worden besteed aan de mogelijke noodzaak van extra rechtsbescherming voor onderwijsorganisaties en/of hun bestuurders. Een rol spelen ook het veronderstelde gebrek aan kennis van de onderwijswetgeving bij (lagere) bestuursrechters, het formalistische en beperkt mediërende karakter van het bestuursprocesrecht en de veronderstelde ruimte die wordt gelaten aan de beleidsvrijheid van de

25 Idealiter zijn ook de gehanteerde kernbegrippen afgestemd op de Awb of als ze afwijken is dat in elk geval gemotiveerd. In hoofdstuk 3 is reeds opgemerkt dat dit niet het geval is.

26 Van Ommeren 2012b, p. 174 en Schueler 2010, p. 177.

27 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 67.

28 Schueler 2010, p. 182.

29 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 99-108.

overheid.³⁰ Specifiek voor het onderwijs geldt dat de Inspectie van het Onderwijs zowel toezichthoudende als stimulerende taken heeft, dat er sprake is van een groot aantal elkaar (maandelijks) opeenvolgende bekostigingsbesluiten en dat juist artikel 23 Grondwet onderwijsorganisaties extra vrijheden toedicht. Die grondwettelijke vrijheden staan in potentie op gespannen voet met de bestuursrechtelijke beleidsvrijheid van de overheid bij de handhaving. Daar staat echter tegenover dat juist de gelaagdheid van het systeem de onderwijswetgever de ruimte biedt om extra aandacht te besteden aan bijvoorbeeld de rechtsbescherming van onderwijsorganisaties of het nader reguleren van de wijze waarop met (beperkte) niet-naleving wordt omgegaan.

Een tweede aandachtspunt bij de gelaagdheid betreft de balans tussen de uniformerende werking van het algemeen bestuursrecht (harmonisatie) en de wens om per maatschappelijke sector te differentiëren.³¹ Een te algemene regeling van interventie- en sanctie-instrumenten kan tot fricties leiden met het eigen karakter van een sector. Andersom heeft te veel differentiatie als nadeel dat een beperkter beroep kan worden gedaan op de in het algemene bestuursrecht ontwikkelde normen. Onnodige verschillen tasten in potentie de toegankelijkheid, kenbaarheid en rechtszekerheid van het recht aan. Harmonisatie kan dat voorkomen.³²

5.2.5 *Complexiteit verhouding tussen onderwijswetgeving en het algemeen bestuursrecht bij interventies*

De beschreven gelaagdheid veronderstelt dat de Awb en de bijzondere wet- en regelgeving goed op elkaar aansluiten. Dat is niet altijd het geval; zeker niet in het onderwijs. Het begrippenkader verschilt maar vooral is na de eeuwwisseling de aandacht voor het externe toezicht sterk toegenomen.

Allereerst is het – zeker met de blik van nu – opvallend dat bij de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Derde tranche van de Awb in 2001 vrijwel geen aandacht is besteed aan de samenloop tussen de algemene subsidieregeling en de diverse in de onderwijswetgeving beschreven interventie-instrumenten.³³ Die samenloop kan er, zie ook paragraaf 5.4, toe leiden dat bij niet-naleving van een wettelijk voorschrift met regelmaat twee routes openstaan: (1) intrekking/wijziging van de subsidie en/of (2) oplegging van een bijzondere onderwijsrechtelijke sanctie. De beperkte aandacht voor deze samenloop

30 Zie ook hoofdstuk 3 en 4.

31 Zijlstra 2012b, p. 511-512.

32 Van Ommeren 2012b, p. 169.

33 Aanpassing onderwijswetgeving aan derde tranche Awb (Stb. 2001, 207; dossier 27265).

is waarschijnlijk te herleiden tot de beperkte aandacht voor het nalevingstoezicht rond de eeuwwisseling. Pas met de oplegging van sancties naar aanleiding van de HBO-fraude is die aandacht toegenomen.³⁴ De literatuur bevestigt dat deze samenloop tot rechtsonzekerheid en ongemak leidt.³⁵

Ook de verhouding tussen de in de Wot en de Comptabiliteitswet 2001 uitgewerkte informatie- en verantwoordingsverplichtingen en bijbehorende onderzoeksbevoegdheden roept vragen op. De Inspectie van het Onderwijs kan voor zijn onderzoeksbevoegdheden naar maar liefst drie wetten verwijzen: de Wot, de Comptabiliteitswet 2001 en de Awb. Hierdoor kan het gebeuren dat als een bestuurder onder verwijzing naar de eigen sectorwet en de Wot aangeeft bepaalde informatie niet te willen verstrekken, hij op grond van bijvoorbeeld de Comptabiliteitswet 2001 alsnog documentatie dient over te leggen. Derden kunnen op hun beurt een beroep doen op de Wet openbaarheid van bestuur.

Een derde element ziet op de regelreflex en het incidentalisme. Bij overheid en onderwijs-wetgever bestaat de neiging om ervaren problemen of knelpunten op te lossen met behulp van sectorale wet- en regelgeving. Dat is politiek te volgen, maar die sturing leidt tot steeds nieuwe en fijnmaziger wettelijke voorschriften, aanvullende waarderingsnormen en extra publiekrechtelijke interventie-instrumenten. Zelden wordt daarbij aandacht besteed aan de verhouding van die toevoegingen tot de Awb; ook niet als die vraag expliciet wordt gesteld door bijvoorbeeld de Raad van State.³⁶

In 2014 hebben De Boer, Michiels, Den Ouden en Zoontjens op verzoek van het ministerie van OCW onderzoek gedaan naar de verhouding tussen het onderwijsrecht en de Awb.³⁷ Hun conclusie is dat er onder andere voor wat betreft de handhaving onvoldoende argumenten zijn om al te zeer en deels onnodig af te wijken van de Awb. Uniformering maakt volgens hen procederen in het onderwijsrecht een stuk overzichtelijker en het onderwijsrecht zelf toegankelijker. Zij pleiten daarom – samengevat – voor meer Awb-conforme onderwijswetgeving.³⁸ In 2000, voorafgaand aan de openbaarmaking van het wetsvoorstel Aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb, waren Vermeulen en Zoontjens kritischer over de keuze voor meer harmonisering.³⁹ Zij hechten veel belang aan de bemiddelende rol van de onderwijswetgever en wezen erop dat bij meer harmonisatie die onderwijswetgever zich uitdrukkelijk en specifiek moet uitspreken over afwijkingen. Die

34 Zie hierover paragraaf 5.7.

35 Zoontjens, De Boer, Michiels & Den Ouden 2014 en Barkhuysen & Claessens 2014, p. 23-24.

36 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 9-10.

37 De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014b.

38 Zoontjens, De Boer, Michiels & Den Ouden 2014 en De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014a.

39 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 181-183.

onderwijswetgever moet continu zijn werk doen en goed bemiddelen tussen de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke normen en de bijzonderheden van het onderwijsrecht.⁴⁰

5.2.6 *Bijzondere kenmerken van de subsidierelatie in het onderwijs en de beginselplicht tot handhaving*

Bekostiging is een subsidie als bedoeld in de Awb. ‘Voor “subsidie” moet worden gelezen: bekostiging’, aldus de Awb-wetgever.⁴¹ Artikel 4:21 lid 4 Awb stelt “buiten twijfel dat er geen principieel onderscheid bestaat tussen subsidiëring en bekostiging”.⁴² Deze zienswijze wordt in de literatuur breed gedeeld: de bekostiging van een onderwijsprestatie is ‘gewoon’ subsidie.⁴³ Door dit uitgangspunt is op de bekostiging van het onderwijs de subsidietitel uit de Awb van toepassing; inclusief de bepalingen die zien op de verlening, vaststelling, verlaging, wijziging en intrekking. De bijbehorende toelichtingen bevestigen dat ten overvloede.⁴⁴

Ondanks dit uitgangspunt is er wel discussie mogelijk over de kwalificatie van bekostiging als een ‘gewone’ subsidie. Deze discussie is deels dogmatisch van aard en deels meer technisch; zij kwam ook terug in de uitspraken naar aanleiding van de HBO-fraude.⁴⁵ Voor zover de discussie samenhangt met het eigen karakter van het onderwijs, worden de argumenten om onderwijsbekostiging niet louter te zien als subsidie voor een deel al sinds de eeuwwisseling naar voren gebracht.⁴⁶

Allereerst wordt gewezen op de bijzondere constitutionele positie van het onderwijs.⁴⁷ Bekostiging is een constitutioneel begrip en er is in tegenstelling tot de meeste subsidievormen sprake van een instandhoudingssubsidie.⁴⁸ Bekostiging is een grondwettelijk recht en geen uitkomst van een vergunningsprocedure, tender of anderszins. Bij bekostiging is bovendien sprake van een toekenning zonder onderscheid, terwijl dat bij reguliere subsidies

40 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 182.

41 *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 20. Zie uiteindelijk Aanpassing onderwijswetgeving aan derde tranche Awb (Stb. 2001, 207; dossier 27265).

42 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27265, nr. 3, p. 2.

43 De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014b. Zie ook De Boer, Zoontjens, Michiels en Den Ouden 2014a, p. 173-174.

44 *Kamerstukken II* 1994/95, 23983, nr. 3, p. 37, *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 16 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 27265, nr. 3, p. 2-3.

45 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, *JB* 2008/184 (OCW/Van Hall Larenstein) en ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097 (OCW/Helicon).

46 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27265, nr. 3 en Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 134-142.

47 Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 134-136.

48 Zie hierover ook Claessens 2013, p. 137.

niet zo behoeft te zijn.⁴⁹ Een tweede argument wordt gevonden in de sterke afhankelijkheid van overheidsfinanciering voor het überhaupt kunnen verrichten van onderwijs en onderzoek. Doordat onderwijs een aanhoudende zorg is van de regering (vgl. artikel 23 lid 1 Grondwet) behoort uitgangspunt te zijn dat “het niveau van de bekostiging adequaat moet zijn voor een deugdelijk en voor ieder toegankelijk niveau van voorzieningen van onderwijs en onderzoek (instandhoudingsniveau)”.⁵⁰ Een derde argument om bekostiging niet zonder meer als subsidie aan te merken is gelegen in de systematiek van vaststelling van de bekostiging. De zogeheten t-1 problematiek heeft als effect dat een onderwijsorganisatie niet in jaar t recht heeft op de bekostiging van al die leerlingen of studenten die dat jaar onderwijs volgen, maar dat de omvang van het recht op bekostiging in het jaar t wordt berekend op basis van de kengetallen één of twee jaar eerder. Hierdoor ontbreekt eigenlijk een duidelijke een-op-een relatie tussen het recht op bekostiging en de aan een leerling of student te leveren onderwijsprestatie.⁵¹

Een argument dat rond de eeuwwisseling minder aandacht kreeg, betreft de verhouding tussen de onderwijswet- en regelgeving en publiekrechtelijke handhaving van subsidievoorschriften. Het aanvullende karakter van veel reguliere subsidies in andere sectoren geeft overheden gewoonlijk de ruimte om zelf bijzondere nadere voorschriften te stellen.⁵² Onderwijsbekostiging is echter een wettelijk recht en de voorschriften zijn bij wet geregeld. De bekostigingsvoorwaarden hebben hierdoor – anders dan bij veel reguliere subsidievoorschriften het geval is – geen aanvullende betekenis ten opzichte van de kernactiviteit maar zijn de wettelijke norm. Aangezien elk wettelijk voorschrift een bekostigingsvoorwaarde en subsidieverplichting is, betekent dit in theorie dat elke niet-naleving van de onderwijswetgeving kan leiden tot wijziging of intrekking van de bekostiging (artikel 4:48/49 lid 1 onder c Awb).⁵³ Het aanvaarden van deze hoofdregel heeft als gevolg dat niet alleen de oorspronkelijke deugdelijkheidseisen (als kernverplichtingen) maar alle in de onderwijswetgeving opgenomen procesvoorschriften, regels en (fijnmazige) zorgplichten voorwaarden voor bekostiging zijn.⁵⁴

49 Zie ook Tijbosch 2011, p. 119-120.

50 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27265, nr. 3, p. 3. Zie hierover ook Noorlander & Zoontjens 2011, p. 5-12.

51 Indien bijvoorbeeld een opleiding zodanig is vormgegeven dat bij het geven van onderwijs niet aan de wettelijke urennorm wordt voldaan, kan de vraag opkomen of die opleiding wel moet worden bekostigd. Door het ontbreken van een een-op-een relatie tussen het in jaar t aan een student gegeven onderwijs en het recht op bekostiging, kan worden betoogd dat het bij een bekostigingssanctie niet mogelijk is terug te rekenen tot een bedrag per student.

52 Dit aanvullende karakter wordt bevestigd door de algemene hoofdregel dat een subsidie van beperkte duur is (artikel 4:32 Awb). Deze regel geldt als gezegd niet voor het onderwijs, met uitzondering van het hoger onderwijs.

53 De Boer, Zoontjens, Michiels & Den Ouden 2014a, p. 13.

54 Tijbosch noemt als voorbeeld de bepaling dat een leerling alleen de basisschool mag verlaten als de basisschooldirecteur heeft geoordeeld over de vraag of de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet

Bij niet-naleving van de onderwijswet- en regelgeving biedt de interventiepiramide een handvat om af te wegen welk interventie-instrument kan worden ingezet en of kan worden volstaan met een lichter instrument. De minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs zullen zich als handhavingsbevoegde bestuursorganen altijd in de specifieke casus moeten verdiepen en bezien of de overtreding zo ernstig is dat een sanctie te rechtvaardigen is.⁵⁵ Voor hen geldt in beginsel een plicht tot handhaving, met dien verstande dat het opleggen van een bekostigingssanctie wel een discretionaire bevoegdheid is. Het opleggen van een bekostigingssanctie vergt een belangenafweging die moet voldoen aan de eis van evenredigheid als bedoeld in artikel 3:4 lid 2 Awb. Deze plicht tot belangenafweging werd in 2012 nog eens onderschreven door de Afdeling Bestuursrechtspraak met het oordeel dat de omstandigheid dat de berekening en vaststelling van de rijksbijdrage gebonden is aan de wettelijke bekostigingssystematiek niet maakt dat de minister van OCW ook gehouden is de rijksbijdrage geheel ten nadele van de stichting te wijzigen. Een afweging tussen het belang van een juiste vaststelling van de rijksbijdrage enerzijds en de gevolgen van de bekostigingssanctie voor de stichting anderzijds is verplicht.⁵⁶

De vervolgvraag is tot hoever deze belangenafweging reikt. In de bewuste uitspraak uit 2012 overwoog de Afdeling Bestuursrechtspraak dat beoordeeld “moet worden of de afweging van de betrokken belangen zodanig onevenwichtig is, dat moet worden geoordeeld dat de minister niet in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot wijziging van vaststelling van de rijksbijdrage (...) en de terugvordering van de ten onrechte (...) ontvangen bedragen”⁵⁷ Vervolgens lijkt zij als nadere norm te formuleren dat het uitgangspunt bij de afweging van de belangen is dat ten onrechte verstrekte rijksbijdragen kunnen worden teruggevorderd zolang “de financiële situatie niet dusdanig ernstig is, dat de continuïteit van de stichting of het op de door haar in stand gehouden school gegeven onderwijs in gedrang komt”.⁵⁸ In een uitspraak uit 2014 hanteerde de Afdeling Bestuursrechtspraak als criterium dat de onderwijsorganisatie moest laten blijken dat zij “door de terugvordering van dit bedrag in financiële moeilijkheden zal geraken”.⁵⁹

onderwijs door een leerling in voldoende mate is gelegd en hierover met de ouders overeenstemming bestaat (artikel 39 Wpo). Zie Tijbosch 2011, p. 119.

55 Van Wijk/Konijnbelt 2014, p. 441-442.

56 ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, r.o. 3.1 en r.o. 7, AB 2013, 162 m.nt. W. den Ouden.

57 ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, r.o. 7.

58 ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, r.o. 9.

59 ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173 (Aloysius Leerlingen ASS). Uit de feiten in deze uitspraak blijkt overigens wel dat de omvang van de sanctie al was beperkt tot de gestelde bekostigingsmaximalisatie, zijnde het verschil tussen reguliere bekostiging voor leerlingen en bekostiging voor leerlingen in het speciaal onderwijs.

Bij bekostigingssancties gaat het weliswaar om zogeheten herstelsancties maar het kan wel gaan om “straffe maatregelen” met mogelijk vergaande consequenties.⁶⁰ Uit de te bespreken jurisprudentie in paragraaf 5.4 blijkt dat ook als niet ter discussie staat dat er onderwijs is verzorgd en er primair sprake is van administratieve onregelmatigheden, omvangrijke bekostigingssancties worden opgelegd. De Boer, Zoontjens, Michiels en Den Ouden pleitten er daarom samen voor om beleidsregels op te stellen die duidelijker maken welke overtredingen met welke kortingen worden gesanctioneerd. Dit pleidooi is vooralsnog niet overgenomen. Wel heeft de minister van OCW in 2012 in de ‘Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen’ als regel geformuleerd dat (a) onrechtmatig verkregen of onrechtmatig bestede bekostiging of subsidie volledig wordt teruggevorderd en (b) dat de minister van OCW terugvordering achterwege kan laten of het bedrag van de terugvordering kan matigen, “indien strikte toepassing zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard”.⁶¹ Wanneer van zo’n onbillijkheid van overwegende aard sprake is, geeft de minister van OCW echter niet aan; ook niet in de toelichting. Dat biedt de minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs veel vrijheid om omvangrijke bekostigingssancties op te leggen.

De Beleidsregel maakt thans slechts een weinig duidelijk onderscheid tussen (i) “onrechtmatig verkregen of onrechtmatig bestede bekostiging of subsidie” (artikel 3 Beleidsregels) en (ii) “het niet naleven van wettelijke voorschriften” (artikel 4 Beleidsregels). Voor de eerste categorie geldt voormelde regel. Bij categorie (ii) is regel dat een opschorting met maandelijks 15 procent van een twaalfde deel van de bekostiging volgt. De grens tussen deze twee categorieën is dun. Volgens de toelichting ziet categorie (i) op “financieel onrechtmatig handelen van het instellingsbestuur” zoals dubbele BRIN-nummers of onvoldoende onderwijstijd. Categorie (ii) betreft volgens de toelichting het “niet naleven van wettelijke voorschriften in algemene zin” en daaronder worden verstaan overtredingen van voorschriften met een meer administratief karakter (vaststellen schoolgids, jaarverslag, jaarrekening, accountantsverklaring) die in het algemeen eenvoudig kunnen worden hersteld en andere typen voorschriften zoals de vrijwillige ouderbijdrage of de vervulling van burgerschap of andere kerndoelen. Het in de Beleidsregel gemaakte onderscheid miskent echter dat het externe toezicht achteraf plaatsvindt. Hierdoor kunnen (interpretatie)geschillen over bevoegdheidseisen, urennormen, BRIN-nummers, berekeningssystematiek, soorten onderwijs, innovaties, samenwerkingen, onderwijsvormen en administratieve voorschriften leiden tot de conclusie dat de wet niet is nageleefd; en dat dus gedurende die niet-naleving ten onrechte aanspraak op bekostiging is gemaakt. Ook deze categorie geschillen kan tot de categorie “onrechtmatig verkregen of onrechtmatig bestede bekosti-

60 De Boer, Zoontjens, Michiels & Den Ouden 2014, par. IV.

61 Artikel 3 lid 3 en artikel 8 Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen.

ging” worden gerekend nu het niet-naleven van zowel een significant als een insignificant wettelijk voorschrift onrechtmatig is. Gevolg hiervan is dat reeds bij op het oog kleine onregelmatigheden omvangrijke bekostigingssancties kunnen volgen. De toepasselijkheid van de Awb maakt bovendien dat door de vijfjaarstermijn van artikel 4:57 lid 4 Awb al snel een *multiplier* effect ontstaat.

Een dergelijk effect is mijns inziens strijdig met de door artikel 3:4 lid 2 Awb verlangde belangenafweging om reden van evenredigheid en proportionaliteit. Men mag verwachten dat bij de keuze voor een publiekrechtelijke interventie en eventuele bekostigingssanctie naast het algemeen belang van het doelmatig besteden van publieke middelen ook de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de onderwijsorganisatie kan worden verweten een rol spelen, ook als leedtoevoeging op zich niet is beoogd.⁶² Verwijtbaarheid zijdens de onderwijsorganisatie behoeft op zich binnen de Awb-systematiek bij de beoordeling van de vraag of tot een terugvordering wordt overgegaan niet te worden meegenomen, maar zou mijns inziens wel een rol moeten kunnen spelen bij de belangenafweging en de evenredigheid. Al was het maar omdat – anders dan bij reguliere subsidieverhoudingen – voor onderwijsorganisaties geldt dat er meerdere interventie-instrumenten beschikbaar zijn, elk wettelijk voorschrift voor onderwijsorganisaties reeds een voorwaarde is voor bekostiging, en het indirect juist toekomstige leerlingen en studenten zijn die met de effecten van de bekostigingssanctie worden geconfronteerd. Meer differentiatie lijkt daarom geëigend.

Het voorgaande is voor bestuurders relevant omdat als elke niet-naleving van een wettelijk voorschrift ongeacht de ernst van die overtreding tot een omvangrijke bekostigingssanctie met vergaande consequenties voor de onderwijsorganisatie en de kwaliteit van het onderwijs kan leiden, de eigen bestuurlijke afweging onevenwichtiger wordt. Omvangrijke bekostigingssancties kunnen immers van betekenis zijn voor de continuïteit van de onderwijsorganisatie, de kwaliteit van het onderwijs en het eigen bestuurlijk draagvlak. Dat kan leiden tot onnodig vermijden van risico's bij de vervulling van de bestuurlijke taak. Voor zover een wettelijke voorschrift een hoofdverplichting is, behoeft dat geen probleem te zijn. Dat is anders als het wettelijk voorschrift specifiek van aard is. Soms botsten juist specifieke wettelijke voorschriften met andere redelijke belangen zoals kwaliteitszorg, continuïteit, innovatie of de invulling van een maatschappelijke functie.

62 ABRvS 13 september 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3617, AB 1994, 290 m.nt. N. Verheij.

5.3 INSPECTIE VAN HET ONDERWIJS EN DE NVAO ALS EXTERNE TOEZICHTHOUDERS

5.3.1 *Inleiding*

De minister van OCW, de gemeenteraden, de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO zijn alle in meer of mindere mate belast met het externe toezicht op het onderwijs. Zij zien gezamenlijk toe op de naleving van de wet door onderwijsorganisaties en hun bestuurders, beschikken over diverse publiekrechtelijke interventie-instrumenten en kunnen bij handelingen die in strijd zijn met de wet besluiten tot het opleggen van sancties.

De uitoefening van het toezicht door de overheid vindt zijn grondslag in artikel 23 Grondwet. Dit artikel verplicht voor zover hier relevant tot:

1. het houden van toezicht (door de overheid);
2. het vaststellen van deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden (door regering en parlement als wetgever);
3. het uitbrengen van jaarlijks verslag over de staat van het onderwijs (door de regering).

De toezichthoudende taken en bevoegdheden van de minister van OCW – en de gemeenteraden voor zover het het openbaar onderwijs betreft – vinden hun grondslag in de onderwijssectorwetten. De wettelijke taken en bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs zijn te herleiden tot de Wot en het Organisatie- en mandaatbesluit OCW 2008. De taken en bevoegdheden van de NVAO zijn beschreven in de Whw.

In dit deel wordt in paragraaf 5.3.2 aandacht besteed aan de taken en bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs en haar rol. De positie van de NVAO komt aan bod in paragraaf 5.3.3. Vervolgens worden in paragraaf 5.3.4 enkele nadere opmerkingen bij hun taken en bevoegdheden als externe toezichthouders geplaatst.

5.3.2 *Taken en bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs*

A. Wet op het onderwijstoezicht – 2002

Pas met de inwerkingtreding van de Wet op het basisonderwijs (WBO) in 1985 wordt algemeen aangenomen dat de Inspectie van het Onderwijs daadwerkelijk toezicht houdt op de kwaliteit van het onderwijs.⁶³ In de Mammoetwet 1968 was bijvoorbeeld nog bepaald dat de Inspectie van het Onderwijs de taak had om door bezoek aan de scholen voortdurend

63 Mertens 2002, p. 150-152.

(1) bekend te blijven met de toestand van het onderwijs, (2) de bloei van het voortgezet onderwijs te bevorderen door overleg met de schoolbesturen en (3) de minister voorstellen te doen die zij in het belang van het voortgezet onderwijs nodig achtte.⁶⁴ In de WBO 1985 werd deze taakomschrijving van de Inspectie van het Onderwijs uitgebreid met (4) het toezien op de naleving van de wettelijke voorschriften. Deze vier taken werden ook wel de takenvierslag genoemd.⁶⁵ Het betekende een keuze voor een Inspectie van het Onderwijs die zich niet alleen richtte op de uitvoering van bestuurlijke taken (als buitendienst) van het ministerie, het adviseren van de minister van onderwijs of het rapporteren omtrent de staat van het onderwijs, maar ook op de uitoefening van publieke controle.⁶⁶

In de jaren tachtig groeide vervolgens de behoefte aan een algemene wettelijke regeling voor het toezicht.⁶⁷ Deze algemene wettelijke regeling kwam er met de Wot in 2002.⁶⁸ De in de WBO benoemde taak om toe te zien op de naleving van de wettelijke voorschriften werd zodanig geformuleerd dat daaronder vooral de kwaliteit van het onderwijs werd begrepen.⁶⁹ Deze oorspronkelijke opbouw van de Wot vormde deels een bevestiging van de in de jaren negentig ingezette keuze voor een overheid op afstand die individuele keuzeprocessen moest bevorderen en de doelmatigheid van het bestel moest bewaken. Het bijbehorende toezicht moest professioneler, afstandelijker en onafhankelijker.⁷⁰ De zelfstandigheid van de Inspectie van het Onderwijs werd bevorderd door het wettelijk verankeren van haar kerntaken.⁷¹ De herijking van het externe toezicht in het onderwijs die in 2002 het gevolg was, bestond uit:

1. een proportioneel toezicht dat aansloot op de uitkomsten van de zelfevaluatie;
2. een onderscheid tussen wettelijke deugdelijkheidseisen en andere kwaliteitsaspecten;
3. een onderscheid tussen 'nalevingstoezicht' en ander 'kwaliteitstoezicht'.

De Inspectie van het Onderwijs moest zich richten op het kwaliteitstoezicht. Het zogeheten nalevingstoezicht, omvattende het opleggen van sancties bij niet-naleving van de wettelijke deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden, bleef vooralsnog voorbehouden aan

64 Artikel 119 Wet op het voortgezet onderwijs 1968.

65 Mertens 2002, p. 151.

66 Inspectie van het Onderwijs 1982 en Ministerie van OCW 1981. De Inspectie van het Onderwijs had vroeger een veel meer besturende taak. Zij adviseerde – op lokaal niveau – over het benoemen van onderwijzers, over de financiering en de oprichting van scholen, was betrokken bij de vormgeving en uitvoering van de eindexamens en richtte zich op de onderwijskundige beleidsvoorbereiding door het ministerie.

67 Mertens 2002, p. 155-157 met een verwijzing naar Mertens 1982/1983. Zie voor een uitgebreid overzicht van die ontwikkeling ook Dodde 2001, p. 651-665.

68 Wet op het onderwijstoezicht (Stb. 2002, 387; dossier 27783).

69 Artikel 3 lid 2 onder a Wot 2001.

70 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 29.

71 Onderwijsraad 1999, p. 3.

de minister van OCW.⁷² In het kader van het kwaliteitstoezicht werd een onderscheid gemaakt tussen onderzoek naar de naleving van de wettelijke deugdelijkheidseisen en het toezicht op de kwaliteitsaspecten. De Onderwijsraad merkte hierover op dat het oordeel of de deugdelijkheidseisen in acht waren genomen bij de minister van OCW moest blijven berusten, met hoogstens zwaarwegende advisering door de Inspectie van het Onderwijs.⁷³ De Raad van State adviseerde langs dezelfde lijn.⁷⁴ Het handhaven van de ministeriële verantwoordelijkheid voor het nalevingstoezicht moest een zo groot mogelijke professionele onafhankelijkheid van de Inspectie van het Onderwijs waarborgen.⁷⁵

B. Uitbreiding wettelijke taken Inspectie van het Onderwijs – 2012

Het onderscheid tussen de verantwoordelijkheid voor het nalevingstoezicht en het kwaliteitstoezicht werd met ingang van 1 januari 2012 alsnog verlaten. In dat jaar werden de bij het nalevingstoezicht behorende onderzoeks- en de meest gehanteerde sanctiebevoegdheden gemandateerd aan de Inspectie van het Onderwijs.⁷⁶ In hetzelfde jaar werden met de Wet geïntegreerd toezicht ook de wettelijke taken van de Inspectie van het Onderwijs uitgebreid.⁷⁷ Die taken hebben – samengevat – betrekking op de volgende terreinen:

1. het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de onderwijswetgeving gegeven voorschriften;
2. het beoordelen en bevorderen van de kwaliteit van het onderwijs;
3. het financieel toezicht;
4. het beoordelen van de professionaliteit van het bestuur; en
5. het rapporteren over de ontwikkeling van het onderwijs.

Financieel toezichthouder

Het financiële toezicht is sinds 2012 – nadat eerder al de auditdienst van het ministerie van OCW bij de Inspectie van het Onderwijs was ondergebracht – een eigen taak van de Inspectie van het Onderwijs. Deze taak bestaat uit zowel het beoordelen van de financiële doelmatigheid en rechtmatigheid als uit het houden van risicogericht toezicht op de financiële continuïteit.⁷⁸

Het beoordelen van de financiële doelmatigheid en rechtmatigheid vindt zijn wettelijk grondslag in artikel 3 lid 2 onder d Wot. Het risicogerichte toezicht op de financiële conti-

72 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 5-6 en p. 10-11.

73 *Onderwijsraad* 2000, p. 6.

74 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 4.

75 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 5-6.

76 *Stcrt.* 2011, 22751, 16 december 2011 (Wijziging Organisatie- en mandaatbesluit OCW 2008 in het kader van de mandaatverlening aan de inspecteur-generaal van het onderwijs).

77 *Wet geïntegreerd toezicht* (Stb. 2012, 118; dossier 32193).

78 *Stcrt.* 24 november 2011, 21154 (Beleidsregel Financieel toezicht po en vo 2011).

nuïteit vloeit voort uit de combinatie van de wettelijke kerntaken (artikel 3 lid 2 onder a en d Wot; toezicht naleving bij of krachtens onderwijswetgeving gegeven voorschriften en beoordelen financiële doelmatigheid en rechtmatigheid) en het wettelijke uitgangspunt om de intensiteit van het externe toezicht af te stemmen op de professionaliteit van de instelling en het bestuur en van de financiële situatie van de instelling (artikel 4 lid 3 Wot). In het kader van dit risicogerichte toezicht vormt de Inspectie van het Onderwijs zich jaarlijks een oordeel over de gewenste intensiteit van het financiële toezicht op basis van financiële normen betreffende de liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit. Ook kunnen aspecten als het personeelsbeleid, de aanwezigheid van krimp of groei, informatie over huisvesting en leegstand en de kwaliteit van het bestuursverslag een rol spelen. De objectieve financiële parameters voor het risicogerichte toezicht worden eens in de zoveel jaren aangepast en soms aangescherpt.⁷⁹ Bij de meer subjectieve parameters lijkt de onderliggende vraag voor de Inspectie van het Onderwijs vooral te zijn of bestuurders *in control* zijn.⁸⁰

Beoordelen professionaliteit van het bestuur en het financieel beheer

Het toezicht op de professionaliteit van het bestuur en het financieel beheer volgt uit de combinatie tussen het toezicht op de naleving van in het bijzonder de zorgplicht goed bestuur en de in artikel 4 lid 3 Wot benoemde verplichting om de intensiteit van het toezicht af te stemmen op de professionaliteit van het bestuur en het financieel beheer.

De Onderwijsraad was vrij kritisch over het criterium ‘professionaliteit van het bestuur’.⁸¹ Hij meende dat het criterium nader behoorde te worden ingevuld alvorens het bruikbaar was als indicatieve norm bij het risicogerichte toezicht. Het kabinet pareerde dit met de opmerking dat de professionaliteit van het bestuur niet formeel wordt beoordeeld, maar slechts van invloed is “op de mate waarin de inspectie kan vertrouwen op het eigen vermogen de kwaliteit van het onderwijs te waarborgen of te verbeteren”.⁸² Die reactie miskent echter dat het ook voor het beantwoorden van die vertrouwensvraag noodzakelijk is om zowel de norm ‘professionaliteit’ te interpreteren als het onderzoeken en beoordelen van de verlangde professionaliteit van het bestuur. De onderzoekskaders hebben de norm ‘professionaliteit’ inmiddels uitgewerkt in de onderzoeksvraag “of het bestuur voldoende inzicht heeft in het functioneren van zijn school of scholen en er blijk van heeft gegeven problemen effectief op te kunnen lossen”.⁸³

79 Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33822, nr. 1, p. 2. In deze nota *Financieel beheer en toezicht semipublieke sector* wordt in een wat breder perspectief ingegaan op het risicogericht financieel toezicht door de overheid op de semipublieke sector.

80 De wijzigingen in het financieel toezicht zijn ook opgenomen in de diverse toetsingskaders en het Onderwijscontroleprotocol.

81 Onderwijsraad 2009b, p. 18.

82 *Kamerstukken II* 2009/10, 32193, nr. 3, p. 18.

83 *Kamerstukken II* 2009/10, 32193, nr. 3, p. 18.

Aandachtspunt bij de taak van de Inspectie van het Onderwijs is dat de wettelijke zorgplicht goed bestuur (zie hoofdstuk 4) zeer open is geformuleerd, is uitgewerkt in meerdere specifieke zorgplichten en procesvoorschriften, en dus juist aan de onderwijsorganisaties zelf veel gedragsalternatieven laat om aan die zorgplicht invulling te geven. Dat betekent dat deze taak met grote terughoudendheid behoort te worden ingezet. Die noodzaak van terughoudendheid is door de onderwijswetgever nog eens extra benadrukt doordat artikel 4 lid 1 en lid 2 Wot de Inspectie van het Onderwijs verplichten om het toezicht uit te oefenen met inachtneming van de vrijheid van onderwijs en op zodanige wijze dat onderwijsorganisaties niet meer worden belast dan voor een zorgvuldige uitoefening van het toezicht noodzakelijk is.

C. Onderscheid tussen toezicht en bevorderen – 2015/2016

Eind 2015 nam de Tweede Kamer het door de Kamerleden Bisschop, Meenen en Rog ingediende initiatiefwetsvoorstel Doeltreffender regeling onderwijstoezicht aan.⁸⁴ Dit initiatiefwetsvoorstel beoogt de Wot te wijzigen door een onderscheid te maken tussen (1) het toezicht op de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften, (2) het bevorderen van de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het onderwijs aan en het bestuur van onderwijsinstellingen en (3) het beoordelen en bevorderen van de financiële rechtmatigheid en de financiële doelmatigheid.⁸⁵ Deze voorstellen hebben een herschikking van de wettelijke taken van de Inspectie van het Onderwijs tot gevolg.

Het initiatiefwetsvoorstel lijkt een reactie op de integrale benadering en brede taakopvatting van de Inspectie van het Onderwijs. Die moet zich volgens de initiatiefnemers nadrukkelijker beperken tot het geven van een oordeel over (a) de naleving van wettelijke voorschriften of (b) rapporteren over haar bevindingen betreffende de ontwikkeling van de kwaliteit van het onderwijs. Om de wettelijke grondslag van het externe toezicht te versterken, moet de minister van OCW volgens de indieners ook zelf de ‘onderzoekskaders’ vaststellen (artikel 13 Wot Nieuw). De initiatiefnemers constateerden “dat de actieve bescherming van de professionele vrijheid door de overheid momenteel onvoldoende gestalte krijgt”.⁸⁶

84 *Kamerstukken I* 2015/16, 33862, nr. A.

85 *Kamerstukken I* 2015/16, 33862, nr. A, artikel 3 lid 1 Wot NIEUW. Het voorstel is voorts om het toezicht aan de hand van een deel van de in de Wot beschreven wettelijke kwaliteitsaspecten te vervangen door het schoolplan te herwaarderden. In het per school vast te stellen schoolplan moet de onderwijsorganisatie het beleid met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs beschrijven. Daarbij dient de onderwijsorganisatie aandacht te besteden aan het onderwijskundig beleid, het personeelsbeleid en het stelsel van kwaliteitszorg. Ook is het de bedoeling de wettelijke formulering van de zorgplicht kwaliteit (artikel 10 Wpo en artikel 23a Wvo) aan te passen. De voorgestelde formulering luidt als volgt: “Het bevoegd gezag draagt zorg voor de kwaliteit van het onderwijs op de school. Onder zorg dragen voor de kwaliteit van het onderwijs wordt in elk geval verstaan het naleven van de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften en het uitvoeren van het stelsel van kwaliteitszorg bedoeld in [artikel 12 lid 4 Wpo/artikel 24 lid 4 Wvo, MN].”

86 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 7, p. 7.

De Inspectie van het Onderwijs zou de eigen visie op de kwaliteit te veel als vertrekpunt nemen en zich niet genoeg bekommeren om de wet.⁸⁷ De Raad van State en de Onderwijsraad stonden beide positief tegenover elementen van het initiatiefwetsvoorstel.⁸⁸ Wel plaatsten zij vraagtekens bij de praktische uitwerking en het veronderstelde onderscheid tussen toezicht en bevorderen. Die kritiek is begrijpelijk omdat ook bij bevorderen, waar-deren en/of stimuleren altijd een beoordeling nodig is en die beoordeling objectivering behoeft. Het is kritiek die ook kan worden gemaakt bij de in de nota ‘Transitie in toezicht’ beschreven wens van de overheid om oordelen te geven over de kwaliteit van het onderwijs bovenop de basiskwaliteit.⁸⁹ Zoontjens wijst erop dat stimulerend toezicht leidt tot extra invloed van de overheid op het onderwijs en geeft aan dat deze keuze strijdig is met artikel 23 lid 2 Grondwet dat immers bepaalt dat het geven van onderwijs vrij is, “*behoudens* het toezicht van de overheid”.⁹⁰

Een meer stimulerende rol van de Inspectie van het Onderwijs vergroot inderdaad de invloed van de overheid op het onderwijs. Mijn indruk is dat het debat over de rol van de Inspectie van het Onderwijs deels is terug te voeren tot het debat over het eigenaarschap over het onderwijs en de veronderstelde inbreuk van de overheid (en bestuurders) op de professionaliteit van docenten en schoolleiders.⁹¹ De onderliggende vraag is vooral wie nu de kwaliteit van het onderwijs en bijbehorende professionele standaard vaststelt. Gelet op het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel ligt het voor de hand dat niet de overheid maar juist onderwijsorganisaties, bestuurders en docenten zelf die kwaliteit vaststellen en beoordelen op welke punten verbetering mogelijk is.⁹² Het initiatiefwetsvoorstel maakt duidelijk dat vooral op het terrein van het waarderingstoezicht een kentering zichtbaar is. Het initiatiefwetsvoorstel gaat uit van het idee dat er – in elk geval voor wat betreft de kwaliteit van het onderwijs – een onderscheid te maken is tussen toezien (controle op de naleving, bewaken, sanctioneren) en bevorderen (stimuleren en waarderen).⁹³ Mijn lezing van het initiatiefwetsvoorstel is dat er kennelijk behoefte bestaat aan een extern toezicht dat minder normstellend is en meer ruimte geeft aan de professionele autonomie van docenten en schoolleiders. Blijkbaar worden de diverse toezichtskaders en kwaliteitsaspecten

87 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 7, p. 7-8 met een verwijzing naar Timmer 2011, p. 176-177.

88 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 5 en Onderwijsraad 2014b.

89 *Transitie in Toezicht* 2014.

90 Zoontjens 2015, p. 9.

91 De initiatiefnemers spreken niet voor niets over “professionaliteit”. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 7, p. 7.

92 De Onderwijsraad merkt niet voor niets op dat hoewel het voorstel zich specifiek richt op het toezicht door de Inspectie van het Onderwijs, de discussie eigenlijk lijkt te gaan over de (bestuurlijke) verhoudingen tussen overheid en onderwijsorganisaties, de grenzen van overheidssturing en de autonomie van onderwijsorganisaties. Zie Onderwijsraad 2014b, p. 20.

93 Zie de beschouwing hierover in Zoontjens 2015, i.h.b. p. 11-12.

en de werkwijze van de Inspectie van het Onderwijs (en dit zal ook gelden voor de NVAO) als te normerend ervaren.

Artikel 3 lid 2 Wot (2002)

Het toezicht omvat de volgende taken:

- a. het beoordelen van de kwaliteit van het onderwijs op basis van het verrichten van onderzoek naar de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften en naar andere aspecten van kwaliteit,
- b. het bij de uitoefening van de onder a bedoelde taak bevorderen van de kwaliteit van het onderwijs, onder meer door het voeren van overleg met het bestuur, het personeel van de instelling, en zo nodig, de besturen van gemeente en provincie,
- c. het rapporteren over de ontwikkeling van het onderwijs, in het bijzonder over de kwaliteit daarvan,
- d. het verrichten van andere bij of krachtens de wet aan de inspectie opgedragen taken.

Artikel 3 Wot 2016

De inspectie heeft de volgende taken:

- a. het toezien op:

1°. de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften,

(...)

- b. het bevorderen van:

1°. de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het onderwijs aan en het bestuur van instellingen als bedoeld in de onderwijswetten met uitzondering van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek voor zover het niet betreft het onderzoek bedoeld in artikel 12a, derde lid,

(...)

4°. de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het stelsel van hoger onderwijs, met inbegrip van het stelsel van accreditatie, bedoeld in artikel 1.1, onderdelen q, r en s, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

- c. het beoordelen en bevorderen van de financiële rechtmatigheid door in ieder geval het verrichten van onderzoek naar de rechtmatige verkrijging van de bekostiging, naar de controlerapporten van de door het bestuur aangewezen accountant, naar de rechtmatigheid van de bestedingen en naar de rechtmatigheid van het financieel beheer van de bekostigde instellingen, alsmede het beoordelen en bevorderen van de financiële doelmatigheid en het bevorderen van de financiële continuïteit,

(...)

- e. het rapporteren over de ontwikkeling van, in bijzonder van de kwaliteit van, het onderwijs en over de uitoefening van de taken door de instellingen, de samenwerkingsverbanden en

de kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsleven, in het bijzonder over de kwaliteit daarvan, en
f. het verrichten van andere bij of krachtens de wet aan de inspectie opgedragen taken.

D. Bestuursgerichte aanpak onderzoek

Het toezicht door de overheid in het onderwijs, en daarmee het bijbehorende onderzoek, gaat uit van een bestuursgerichte aanpak. De Inspectie van het Onderwijs richt zich op de onderwijsorganisatie als zodanig en betreft het bestuur als eerstverantwoordelijke bij het toezicht op de door de onderwijsorganisatie in stand gehouden onderwijsinstellingen. De communicatie tussen de Inspectie van het Onderwijs en de onderwijsorganisaties verloopt via het bestuur. Dat bestuur vertegenwoordigt immers de onderwijsorganisatie.

De keuze voor de bestuursgerichte aanpak is niet geheel zonder vraagtekens. Een onderzoek ziet immers in de praktijk niet alleen op het functioneren van de onderwijsorganisatie maar ook op het handelen van intern toezichthouders, bestuurders, medezeggenschapsraden, schoolleiders en/of leraren. In andere sectoren is dat zelfs wettelijk uitgewerkt. In de financiële sector beoordelen DNB en de AFM op basis van onderzoek de deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit van commissarissen en wordt van werknemers verlangd dat ze een bankkeed afleggen. Dit toezicht is uitgewerkt in de Wft. In de advocatuur houdt de Orde van Advocaten op basis van de Advocatenwet toezicht op het functioneren van kantoren, de bestuurders van die kantoren en op de advocaten zelf (ook als die advocaten een dienstverband hebben).

Bestuurders van onderwijsorganisaties worden gedurende de reguliere en de nadere onderzoeken meerdere malen in de gelegenheid gesteld om invloed uit te oefenen op de uitkomst van het onderzoek. Allereerst moet de Inspectie van het Onderwijs vier weken voor aanvang van het onderzoek de onderwijsorganisatie in beginsel in kennis stellen van de datum en het doel van het onderzoek (artikel 11 lid 5 Wot). Doorgaans is bij de aanvang van het onderzoek sprake van een kennismakend bestuursgesprek waarin een nadere toelichting op het onderzoek en de werkwijze wordt gegeven. In dat bestuursgesprek kunnen de bestuurders vragen stellen over de reikwijdte, wordt de planning besproken en kan eventueel eerste informatie worden uitgewisseld.

De taakopdracht voor de Inspectie van het Onderwijs resulteert in een breed scala aan mogelijke onderzoeksvragen. Hierdoor zijn omvang en reikwijdte van het onderzoek door de Inspectie van het Onderwijs in potentie breed. De Inspectie van het Onderwijs kan als extern toezichthouder in beginsel alle informatie vorderen, inzien en kopiëren die zij noodzakelijk acht voor de beantwoording van haar onderzoeksvraag. Uit de artikelen 5:12 tot en met 5:17 en 5:20 Awb volgt ook dat de Inspectie van het Onderwijs in het kader van

haar onderzoek, plaatsen kan betreden, inlichtingen kan vorderen, inzage in zakelijke gegevens en bescheiden kan vorderen en aan eenieder de verplichting kan opleggen om mee te werken aan het onderzoek.

De Awb noch de Wot regelt de status van de diverse gesprekken met de bestuurders. Dit leidt tot de vraag in hoeverre aan de inhoud van die gesprekken rechten kunnen worden ontleend en of bestuurders hieraan wel moeten meewerken. Zo is niet ondenkbaar dat in een gesprek, al dan niet onopzettelijk en onjuist, door bestuurders en medewerkers uitspraken worden gedaan over het wel of niet-naleven van wet- en regelgeving. Ook kunnen inspecteurs in gesprekken opvattingen uitspreken over de uitleg van wet- en regelgeving en worden soms toezeggingen gedaan. Men zou de gesprekken tussen de Inspectie van het Onderwijs en de bestuurders of hun medewerkers een vorm van ‘horen’ kunnen noemen. Dit heeft echter als gevolg dat in theorie bestuurders en medewerkers niet verplicht kunnen worden deel te nemen aan gesprekken en interviews door de Inspectie van het Onderwijs. Immers, artikel 5:16 Awb en artikel 5:20 Awb houden weliswaar een medewerkingsverplichting in, maar die medewerkingsverplichting ziet enkel op het schriftelijk verstrekken van gevorderde informatie. Doorenbos is van oordeel dat deze medewerkingsverplichting niet zover gaat dat hieronder ook valt de verplichting om medewerking te verlenen aan interviews, vraaggesprekken of ander ‘verhoor’.⁹⁴ Hij meent zelfs dat een behoorlijk handelend toezichthouder aan een weigering daartoe geen consequenties kan verbinden.

Na de onderzoeksfase stelt de Inspectie van het Onderwijs een concept van haar rapport van bevindingen op. Dit concept wordt gezonden aan de onderwijsorganisatie, waarna de bestuurders in de gelegenheid worden gesteld daarop te reageren (artikel 20 lid 3 Wot).⁹⁵ In deze derde fase kan ook nog op verzoek van de bestuurders een overleg met de Inspectie van het Onderwijs plaatsvinden. Na de beoordeling van de eventuele reactie van de bestuurders op het conceptrapport, wordt door de Inspectie van het Onderwijs het definitief onderzoeksrapport vastgesteld (artikel 20 lid 1 Wot). De onderwijsorganisatie kan hieraan een zogeheten ‘zienswijze’ toevoegen. Die zienswijze leidt in zeer uitzonderlijke situaties soms tot nadere beschouwingen op het definitief onderzoeksrapport.

⁹⁴ Doorenbos 2013, p. 219-238.

⁹⁵ Een eigen analyse van een 33-tal onderzoeksrapporten inzake financiële rechtmatigheid in de periode 2011-2013 leert dat de Inspectie van het Onderwijs doorgaans alleen ingaat op door bestuurders aangedragen feitelijke onjuistheden. De Inspectie van het Onderwijs lijkt niet snel genegen mee te gaan in verzoeken van bestuurders tot andere interpretaties van wet- en regelgeving of kwaliteitsaspecten. Wel worden die andere interpretaties soms op verzoek weergegeven in het rapport.

E. Actieve openbaarmakingsverplichting

Na definitieve vaststelling van het onderzoeksrapport is de Inspectie van het Onderwijs verplicht dit rapport onverwijld door te zenden aan de minister van OCW (artikel 20 lid 5 Wot). De Inspectie van het Onderwijs is voorts wettelijk verplicht tot actieve openbaarmaking van het definitief onderzoeksrapport in de vijfde week na de vaststelling (artikel 21 lid 1 Wot).⁹⁶ Van actieve openbaarmaking kan ook sprake zijn als de openbaarmaking geschiedt door de minister van OCW.

De actieve openbaarmakingsverplichting kan leiden tot *shaming* en (reputatie)schade en roept soms kritiek op. De kritiek is allereerst dat resultaten en prestaties niet altijd goed vergelijkbaar zijn. Het kabinet wuifde dit bezwaar weg en wenste de Inspectie van het Onderwijs niet de vrijheid te gunnen om de bij openbaarmaking betrokken belangen af te wegen. Het kabinet meende dat “*het genoemde belang van openbaarheid en publieke verantwoording*” voorop stond.⁹⁷ Volgens het kabinet voorzag het onderzoeksproces ook in voldoende waarborgen. Die waarborgen zijn mijns inziens echter onvoldoende. Zo kan worden opgemerkt dat als bijvoorbeeld bezwaar wordt gemaakt tegen een op het onderzoeksrapport gebaseerd besluit, de openbaarmaking niet wordt opgeschort en dat een rechter bij een eventueel geschil slechts beperkte ruimte heeft om tot een belangenafweging te verplichten gelet op de dwingendheid van de openbaarmakingsverplichting.⁹⁸ De uitspraak van de Raad van State op het beroep van EuroPort Business School leert bovendien dat de Inspectie van het Onderwijs wel degelijk voorafgaand aan de actieve openbaarmaking dient te beoordelen of er gronden aanwezig zijn die de openbaarmaking onevenredig maken en aldus aanleiding vormen voor niet-openbaarmaking.⁹⁹ De Raad van State meende dat de in de Wot geregelde openbaarmakingsregeling onvoldoende is uitgewerkt en dat om die reden de Inspectie van het Onderwijs toch moet toetsen of er sprake is van een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 10 lid 2 Wet openbaarheid van bestuur. Dit heeft tot gevolg dat onderwijsorganisaties (en derden) de Inspectie van het Onderwijs voorafgaand kunnen verzoeken om te beoordelen of de openbaarmaking achterwege kan blijven omdat het belang van openbaarmaking niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van de onderwijsorganisatie, bestuurders, personeel of derden.

Bij geschillen over de deugdelijkheid van een onderzoek kiest de rechter vooralsnog voor een marginale toetsing. Dit blijkt uit een uitspraak in 2012 over de deugdelijkheid van een

96 Eenzelfde actieve openbaarmakingsverplichting geldt ook voor de NVAO bij de vaststelling van een accreditatierapport (artikel 5a.10 Whw). De Inspectie van het Onderwijs hanteert een zogeheten ‘toezichtskaart’ en een ‘toezichtshistorie’.

97 *Kamerstukken II* 2000/01, 23778, nr. 3, p. 19.

98 Barkhuysen & Claessens 2014, p. 58.

99 ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3233 (Europort Business School/Inspectie van het Onderwijs).

onderzoeksrapport en de interpretatie door de Inspectie van het Onderwijs van de beschikbaar gestelde informatie. De Rechtbank Den Haag overwoog dat in de fase na het opstellen van het definitief rapport van bevindingen, door de onderwijsorganisatie verstrekte gegevens buiten beschouwing mochten worden gelaten.¹⁰⁰ De marginale toets richt zich vooral op de vraag of er sprake is van aperte onjuistheden.

De discussie over verplichte openbaarmaking van onderzoeksrapporten door de Inspectie van het Onderwijs is relevant omdat de Inspectie van het Onderwijs bij eventuele sancties voor de motivering zal verwijzen naar de inhoud van de voorafgaande onderzoeksrapporten. Tegen die onderzoeksrapporten kan geen bezwaar worden gemaakt. Hierdoor kan slechts tegen het navolgende besluit tot openbaarmaking bezwaar worden gemaakt en tegen de eventuele navolgende sanctiebesluiten, maar niet tegen het onderzoeksrapport en de daarin opgenomen oordelen. De Onderwijsraad stelde in 2000 voor om tegen het oordeel van de Inspectie van het Onderwijs bezwaar mogelijk te maken.¹⁰¹ Het kabinet nam dit voorstel niet over omdat de Inspectie van het Onderwijs geen rechtsgevolgen beoogde met haar oordelen.¹⁰² Die motivering houdt mijns inziens thans geen stand meer omdat de Inspectie van het Onderwijs inmiddels handhavende bevoegdheden heeft en bij de onderbouwing van handhavingsbesluiten wordt verwezen naar de eigen onderzoeksrapporten.

5.3.3 *Taken en bevoegdheden NVAO*

De taken en bevoegdheden van de NVAO vinden hun grondslag in de Whw (artikel 5a.1 Whw). De eerste taak is het verlenen van accreditatie, de toets nieuwe opleiding en de instellingstoets kwaliteitszorg en het in dat verband met behulp van commissies van deskundigen beoordelen van de kwaliteit van het onderwijs. De tweede taak is het in geval van een negatieve toets adviseren van de minister van OCW omtrent het eventueel intrekken van een opleidings- of instellingsaccreditatie. De derde taak is het rapporteren aan de minister van OCW over de kwaliteit van opleidingen in het hoger onderwijs met het oog op de vergelijkbaarheid.

De NVAO is als extern toezichthouder en met betrekking tot de kwaliteit van het onderwijs inhoudelijk leidend. Zij heeft geen eigen sanctionerende bestuursbevoegdheden. De NVAO richt zich ook niet op andere terreinen dan het kwaliteitstoezicht. Het externe toezicht door de NVAO en de door haar in te stellen commissies van deskundigen heeft wel een normstellende betekenis. Net als de Inspectie van het Onderwijs is de NVAO bevoegd om

100 Rb. Den Haag 23 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2344 (Global Academy/Inspectie van het Onderwijs).

101 Onderwijsraad, *Advies wetsvoorstel Wet op het onderwijstoezicht*, Den Haag, 20 december 200, p. 12.

102 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 6.

zelf haar werkwijze vast te stellen en accreditatiekaders vast te stellen (artikel 5a.2a Whw). In deze accreditatiekaders zijn de wettelijke deugdelijkheidseisen en kwaliteitsaspecten verder uitgewerkt in accreditatie- of beoordelingscriteria.¹⁰³ De NVAO stelt deze accreditatiekaders en beoordelingscriteria zelf vast, met dien verstande dat vooraf overleg plaatsvindt met de brancheorganisaties en onder meer de studentenorganisaties. De minister van OCW heeft ter zake een goedkeuringsrecht.¹⁰⁴ De Onderwijsraad, de Raad van State en de Commissie-Rinnooy Kan waren in 2000 kritisch over de keuze om de NVAO de bevoegdheid te geven om zelf nadere beoordelingscriteria vast te laten stellen. De Commissie-Rinnooy Kan meende dat nader onderzoek nodig was naar de manier waarop dergelijke criteria kunnen worden geformuleerd en functioneren en raadde terughoudendheid aan.¹⁰⁵ De Raad van State merkte met de Onderwijsraad op dat de rechtstreekse koppeling tussen het kwaliteitsoordeel van de NVAO, de bekostiging en het diplomarecht ertoe leidde dat de door de NVAO vast te stellen beoordelingscriteria het karakter kregen van deugdelijkheidseisen en dat die eigenlijk bij wet behoorden te worden gesteld.¹⁰⁶ Minister Hermans koos uiteindelijk voor een wetstechnische truc. Hij nam in de Whw een aantal minimale kwaliteitsaspecten op opdat het accreditatiekader zelf “niet-normstellend” zou zijn.¹⁰⁷ Voorts koppelde hij het oordeel van de NVAO over de kwaliteit van de opleiding (de accreditatie) los van het besluit tot het ontnemen van het recht op bekostiging.

5.3.4 *Nadere opmerkingen bij de taken en bevoegdheden Inspectie van het Onderwijs en NVAO*

A. Nalevings- en waarderingstoezicht

Met de toename van het aantal taken en bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO is inmiddels een situatie ontstaan waardoor een onderscheid te maken is tussen ‘nalevingstoezicht in enge zin’ en ‘waarderingstoezicht’. Bij ‘nalevingstoezicht in enge zin’ is sprake van het beoordelen van de vraag of een onderwijsorganisatie de wettelijke voorschriften daadwerkelijk naleeft. Op het moment dat uit het nalevingstoezicht blijkt dat niet aan de wettelijke voorschriften wordt voldaan, kan worden overgegaan tot enige vorm van sanctie of wettelijke interventie. Onder ‘waarderingstoezicht’ versta ik het – al dan niet in het openbaar – onderzoeken, analyseren en beoordelen van de kwaliteit van het onderwijs, de mate waarin aan de verschillende waarderingkaders wordt voldaan en het aanwezig zijn van redenen om over te gaan tot intensiever toezicht wegens de profes-

¹⁰³ *Beoordelingskaders NVAO 2014, NVAO 2015a en NVAO 2015b.*

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2000/01, 27920, nr. 3, p. 8-9.*

¹⁰⁵ *Commissie-Rinnooy Kan 2000, p. 22-23.*

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2000/01, 27 920, nr. A, p. 3 en Onderwijsraad 2001.*

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2000/01, 27920, nr. 3, p. 9.*

sionaliteit van het bestuur en/of de financiële situatie.¹⁰⁸ Het oogmerk van waarden is niet alleen bevorderen en stimuleren maar ook inventariseren en risicoanalyse. Hierbij geldt als logisch vertrekpunt dat geen waardering mogelijk is zonder onderzoek, vergelijking en beoordeling.

De grenzen tussen beide vormen van extern toezicht zijn dun. Het waarderingstoezicht leidt niet alleen tot oordelen over de kwaliteit van het onderwijs of de professionaliteit van het bestuur en financieel beheer, maar kan ook resulteren in nalevingstoezicht. Het vermelden van eventueel geconstateerde niet-nalevingen in een onderzoeksrapport is immers een wettelijke verplichting (artikel 20 lid 2 Wot). Toezicht houden is dan ook een geïntegreerd proces.¹⁰⁹ Het verschil tussen jaarlijkse risico-analyse, regulier onderzoek, nader kwaliteitsonderzoek of specifiek onderzoek doet daar niet aan af (artikelen 11, 12 en 15 Wot).¹¹⁰ Dat het moeilijk is in de praktijk een onderscheid te maken tussen nalevings- en waarderingstoezicht blijkt ook wel uit de onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs. De Inspectie van het Onderwijs beoordeelt soms niet alleen of de onderwijs-wetgeving wordt nageleefd maar ook of de onderwijsorganisatie handelt “in de (kennelijke) geest” van de wet.¹¹¹ Het gegeven dat nalevings- en waarderingstoezicht altijd in elkaar overlopen heeft als gevolg dat het externe toezicht integraal van aard en ruim van opzet is. Als gevolg wordt in onderzoeken met enige regelmaat niet alleen beoordeeld of de onderwijsorganisatie de bij of krachtens de onderwijswetgeving gegeven voorschriften naleeft maar wordt ook een oordeel gegeven over het functioneren van het bestuur en de leden van dat bestuur. Specifiek voor bestuurders heeft dit tot effect dat het onderzoek hierdoor niet alleen ‘bestuursgericht’ is maar ook ‘bestuurdersgericht’.

De Inspectie van het Onderwijs ziet zichzelf als een handelende, beoordelende en zo nodig interveniërende instantie.¹¹² Dat vergt een actieve en afstandelijke houding ten opzichte

108 De term waarderingstoezicht is een door mij zelf gehanteerde term. Tot enkele jaren terug werd wel een onderscheid gemaakt tussen kwaliteitstoezicht en het nalevings- of financieel toezicht. Met de benoeming van het risicogericht toezicht in artikel 4 lid 3 Wot en de keuze voor toezicht op de financiële continuïteit ligt het mijns inziens echter voor de hand het kwaliteitstoezicht te verbreden tot het waarderingstoezicht. Aangezien de Inspectie van het Onderwijs met enige regelmaat het begrip waarderingskader hanteert, ligt die keuze voor de hand.

109 Winter, Struiksmā & Hollander 2015, p. 20.

110 Inspectie van het Onderwijs 2013d, p. 6 en Van Twist e.a. 2013a, p. 33.

111 Voorbeelden daarvan zijn te vinden in onder meer Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Onderzoek in het kader van het vierjaarlijks bezoek bij Basisschool Brakkenstein*, Eindhoven, 9 maart 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Jaarlijks Onderzoek SBO ‘De Leye’*, Breda, 20 mei 2005; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen SBO Kameleon*, Zoetermeer, 18 januari 2012; Inspectie van het Onderwijs, *Periodiek Kwaliteitsonderzoek Basisschool Roncalli*, Zeddam, 12 juli 2006; Inspectie van het Onderwijs, *Staat van de Instelling MBO Helicon Opleidingen*, Utrecht, 24 juli 2012.

112 Roeters & Verkroost 2013, p. 70 en www.rekenkamer.nl/Publicaties/Dossiers/B/Bestuur_op_afstand/Toezicht (ingezien op 1 november 2015).

van onderwijsorganisaties en geeft ook uitdrukking aan het beeld van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO als ‘controleur’. Op het moment dat controle de boventoon voert, bestaat er echter minder ruimte voor de open relatie die eigenlijk noodzakelijk is voor het waarderingstoezicht.

Voor waarderingstoezicht is kwalitatief oordeelsvermogen noodzakelijk. Het is om die reden dat de onderzoeks- en accreditatiekaders zo’n normstellende rol hebben. De onderzoeks- en accreditatiekaders hebben de status van beleidsregel. Hoewel zowel artikel 13 Wot als artikel 5a.2a Whw deze kaders opvatten als de weergave van de “werkwijze” voor een onderzoek of het verlenen van een accreditatie, bevatten zij een uitwerking van de wettelijke kwaliteitsaspecten en beoordelingscriteria. Deze opzet is niet zonder kritiek. Hoofdmoot van die kritiek is dat de aan de kwaliteit van het onderwijs te stellen eisen, alle eisen van deugdelijkheid zijn en dus alleen kunnen worden geregeld bij formele wet. Het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen, kwaliteitsaspecten en waarderingkaders is gekunsteld.¹¹³ Het risico is, en de WRR onderschreef dat in 2013, dat de diverse kaders de met zorgplichten beoogde ruimte dichttimmeren.¹¹⁴ Een ander risico is dat het gebruik van de kaders in combinatie met prestatienormen- en afspraken leidt tot een te grote gerichtheid op de onderwijsopbrengsten, leerresultaten, rendement en waardering.¹¹⁵ Dat kan ten koste gaan van de aandacht voor verschillen en positieve afwijkingen.

B. Meerdere taken en rollen

Er bestaat bij de overheid een blijvende behoefte aan aanvullende kwaliteitsvergelijking en -beoordeling.¹¹⁶ Aandachtspunt is wel dat het opstellen van de onderzoeks- en accreditatiekaders, het achteraf interpreteren en beoordelen en handhaving in één hand liggen. De Onderwijsraad wees daar al in 1999 op.¹¹⁷ Dit was volgens hem in het onderwijs ontoelaatbaar. Barkhuysen en Claessens herhaalden deze kritiek in 2014 onder verwijzing naar de opmerkingen van Verhey en Verheij uit 2005 die op hun beurt spraken van ‘onaanzienlijke machtsconcentratie’.¹¹⁸

Het in één hand berusten van uitwerken en interpreteren van de rechtsnorm, het beoordelen en waarderen van prestaties en het interveniëren en handhaven is in het publiek recht niet

113 De vraag is zelfs gerechtvaardigd of het systeem van kwaliteitsaspecten niet diende om het stellen van nieuwe deugdelijkheidseisen te vermijden. Zie Onderwijsraad 1999, p. 20-21. Verder ook *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. A, p. 2 en Onderwijsraad 2000.

114 WRR 2013, p. 104.

115 Meijnen 2012, p. 183-202.

116 *Kamerstukken II* 2001/02, 27783, nr. 5, p. 25-26 en Dijkstra & Janssens 2012, p. 7-24. Zie ook Mertens 2002, p. 141-162.

117 Onderwijsraad 1999, p. 21.

118 Barkhuysen & Claessens 2014, p. 82-83 en Verhey & Verheij 2005, p. 224.

ongebruikelijk. Ook bij gemeentelijke subsidies en reguliere vergunningverlening is dat vaak het geval. Hetgeen echter in het onderwijs wringt, is dat het geven van onderwijs gebonden is aan een inmiddels zeer fijnmazig wettelijk normenkader, dat elke niet-naleving van een wettelijk voorschrift een (omvangrijke) bekostigingssanctie tot gevolg kan hebben en dat veel van die normen het karakter van zorgplicht hebben waardoor die een nog duidelijker vangnetkarakter hebben gekregen bij twijfels over het presteren van de onderwijsorganisatie of het functioneren van haar bestuurders. Dat doorbreekt de beschermende werking voor de onderwijsrechtelijke autonomie die de diverse zorgplichten ook hebben. Hierdoor is sprake van de vicieuze cirkel van een “toezichtgevangenis”, inhoudende dat Inspectie van het Onderwijs/NVAO en onderwijsorganisaties elkaar gevangen houden in een relatie die is gericht op ‘inspectiegericht’ gedrag.¹¹⁹ Te veel en onnodig inspectiegericht gedrag strookt niet met het grondwettelijke uitgangspunt dat de deugdelijkheidseisen bij wet worden gesteld.

Het risico op inspectiegericht gedrag is versterkt met de mandatering van sanctiebevoegdheden aan de Inspectie van het Onderwijs in 2012 (artikel 3 lid 3 Wot). De Onderwijsraad was hiervan in 2009 eigenlijk geen voorstander.¹²⁰ De Inspectie van het Onderwijs was volgens de Onderwijsraad niet rechtstreeks democratisch gelegitimeerd, de onafhankelijkheid van het toezicht zou onder druk komen te staan en de Inspectie van het Onderwijs verkreeg door de sanctiebevoegdheid een mogelijkheid tot onderhandeling.¹²¹ Deze kritiek had de Onderwijsraad in lichtere bewoordingen ook geuit in 2006.¹²² De opeenvolgende bewindspersonen hebben de bezwaren echter steeds weggewuifd. Vooral de gewenste snelheid van handelen en de behoefte aan het onafhankelijker positioneren van de Inspectie van het Onderwijs (met in het kielzog de NVAO) lijkt steeds de doorslag te geven.¹²³ De route via de minister van OCW zou onnodig vertragend werken en onvoldoende aansluiten bij de gewenste slagkracht van het toezicht.¹²⁴

Een deel van de kritiek kan worden weersproken omdat het bij de in artikel 3 Wot benoemde sancties steeds gaat om herstelsancties als bedoeld in artikel 5:2 Awb en niet om punitieve sancties.¹²⁵ Toch wil dat volgens mij niet zeggen dat bij herstelsancties in de zin van artikel

119 Onderwijsraad 2006a, p. 30.

120 Onderwijsraad 2009b, p. 14.

121 Onderwijsraad 2009b, p. 14.

122 Onderwijsraad 2006a, p. 59-60.

123 Zo werd in bijvoorbeeld de ‘Kaderstellende visie op toezicht’ uit 2005 opgemerkt dat bij niet-naleving van wettelijke voorschriften snelle handhavingsactie geboden is. *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, nr. 15.

124 *Kamerstukken II* 2009/10, 32193, nr. 3, p. 5.

125 *Kamerstukken II* 2009/10, 32193, nr. 3, p. 10-11. Dit debat is verder niet meer gevoerd.

5:2 Awb de gevolgen van die sancties niet dusdanig zwaar kunnen wegen dat extra evenredigheid en meer aandacht voor rechtsbescherming geëigend is.¹²⁶

In algemene zin lijkt de Inspectie van het Onderwijs zich wel bewust van de risico's van de reikwijdte van haar taken en handhavende bevoegdheden. Zo gaf zij meermaals aan dat met de toekenning van handhavende bevoegdheden ook verantwoordelijkheden komen en dat dit leidt tot potentiële kwetsbaarheid en politieke druk om als extern toezichthouder van die bevoegdheden gebruik te maken.¹²⁷ Huisman en Nolen wezen eerder op de mogelijkheid van toezichthoudersaansprakelijkheid en het daarvan uitgaande risico dat er juist te snel of te langzaam wordt geïntervenieerd.¹²⁸ De vraag lijkt niettemin gerechtvaardigd of de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO niet ook een duidelijker rol hebben om in crisissituaties de nuance in het debat terug te brengen en bestuurders en onderwijsorganisaties juist ondersteuning en (rechts)bescherming te bieden met het oog op de continuïteit van het onderwijs aan betrokken leerlingen/studenten en het kunnen bereiken van bestuurlijke (maatwerk)oplossingen. Dat zou ook een van de in artikel 3 Wot te benoemen taken van de Inspectie van het Onderwijs kunnen zijn.

5.4 DE GEMEENTE EN DE GEMEENTERAAD ALS EXTERN TOEZICHTHOUDER

5.4.1 *Inleiding*

Gemeenten en gemeenteraden hebben publiekrechtelijke bevoegdheden gericht op het openbaar en het bijzonder onderwijs. Deze bevoegdheden volgen voor een deel uit de grondwettelijke verplichting dat in beginsel in elke gemeente van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs wordt gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen (artikel 23 lid 4 Grondwet). Zij hebben echter een bredere grondslag.

De bestuursbevoegdheden waarover de gemeente (of de gemeenteraad) in elk geval beschikt zijn de volgende:

- de voorziening in de onderwijshuisvesting (Wpo en Wvo);
- de planning van het onderwijsaanbod (voorzieningenplanning, stichting en fusie; Wpo, Wvo en Web);

¹²⁶ Al was het maar omdat rechtssubjecten niet alleen een beroep kunnen doen op artikel 6 EVRM maar in het verlengde daarvan ook op artikel 13 EVRM. Dit artikel verplicht tot het verzekeren van “een daadwerkelijk rechtsmiddel”. Zie Hirsch Ballin 2014.

¹²⁷ Roeters & Verkroost 2013, p. 73-74 en *Ontspoorde ambitie* 2015, p. 141.

¹²⁸ Nolen & Huisman 2009, p. 10.

- het onderwijsachterstandenbeleid en het voortijdig schoolverlaten (artikel 165 e.v. Wpo, artikel 118 ev Wvo en artikel 8.3.1 ev Web);
- het passend onderwijs (artikel 18 Wpo en artikel 17a Wvo);
- het toezicht van de gemeenteraad op het openbaar onderwijs (Wpo en Wvo).

De bestuursbevoegdheden van de gemeente voor zover het betreft de voorziening in de onderwijshuisvesting, de voorzieningenplanning, het onderwijsachterstandenbeleid en voortijdig schoolverlaten alsmede het passend onderwijs komen aan bod in hoofdstuk 7 dat zich richt op samenwerking in het onderwijs. Veel van deze bestuursbevoegdheden hebben de vorm van overlegverplichtingen en verplichtingen tot voorziening en subsidiëring. In deze paragraaf staat het toezicht van de gemeente op onderwijsorganisaties en hun bestuurders centraal.

5.4.2 *Toezicht van de gemeente op de kwaliteit van het onderwijs heeft in beginsel een aanvullend karakter*

De toezichthoudende bevoegdheden van de gemeente, ook voor zover het het bijzonder onderwijs betreft, worden door gemeenten met enige regelmaat ruim opgevat. Die ruime opvatting op de al snel optredende politieke verantwoordelijkheid van wethouders voor de continuïteit van het onderwijsaanbod in de gemeente wordt in de beperkt beschikbare jurisprudentie bevestigd. Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag in 2009 dat het college van B&W van de gemeente Rotterdam ouders van Ibn Ghaldoun mocht informeren en mocht oproepen te kiezen voor een andere school nadat was gebleken dat het onderwijs structureel zeer zwak was.¹²⁹ Het gerechtshof overwoog in de bewuste uitspraak (i) dat de gemeente bevoegd is tot regeling en bestuur inzake haar huishouding, (ii) dat de gemeente zich het verhogen van de onderwijskansen van de jeugd in Rotterdam en van de Rotterdamse leerlingen mocht aantrekken en (iii) dat het bestrijden van onderwijsachterstanden gelet op het bepaalde in artikel 118 Wvo uitdrukkelijk een zaak was waarvoor de gemeente zich mocht inspannen.

Interessant aan deze uitspraak is dat het gerechtshof lijkt te bevestigen dat voor zover het betreft het ‘toezicht’ van de gemeente op de kwaliteit van het onderwijs, dat ‘toezicht’ een aanvullend karakter heeft. Het hof overwoog namelijk dat het toezicht op de kwaliteit van het onderwijs en het daarbij bevorderen van de kwaliteit weliswaar was opgedragen aan de Inspectie van het Onderwijs, maar dat nu de gemeente verwees naar de beoordeling van de kwaliteit door die Inspectie van het Onderwijs de gemeente niet getreden is in de

129 Gerechtshof’s-Gravenhage 7 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI9947 (Rotterdam/Ibn Ghaldoun), r.o. 4.1.

taak van de laatste.¹³⁰ Het hof lijkt daarmee te suggereren dat gemeenten niet bevoegd zijn om geheel zelfstandig te treden in de beoordeling van de kwaliteit van het onderwijs door de Inspectie van het Onderwijs. Dat sluit aan op de Wot waarin dat toezicht als wettelijke taak is opgedragen.

Het aanvullend karakter van het toezicht van de gemeente op het onderwijs wordt niet door alle gemeentelijke bestuurders onderschreven. Zo was wethouder Asscher van de gemeente Amsterdam in 2009 van mening dat een gemeente zich bij de verstrekking van gemeentelijke subsidies aan onderwijsorganisaties mocht baseren op nadere oordelen omtrent de onderwijskwaliteit en dat hij het presteren van de scholen in relatie tot die normen ook mocht openbaren.¹³¹ Dat leidde tot veel onrust bij de betrokken schoolbesturen die – kort gezegd – meenden dat de gemeente Amsterdam eisen hanteerden die geen grondslag hadden in de onderwijswetgeving. Tot een rechterlijk oordeel kwam het echter niet.

In praktische zin is het moeilijk voorstelbaar dat gemeenten zich over een langere periode steeds een oordeel kunnen vormen over de kwaliteit van het onderwijs. De Inspectie van het Onderwijs heeft de noodzakelijke competenties en financiële middelen om onderzoek te doen naar de kwaliteit van het onderwijs. Alle onderwijsorganisaties informeren de Inspectie van het Onderwijs jaarlijks over de kwaliteit van het onderwijs, de financiële stand van zaken en de naleving van de onderwijswet- en regelgeving. De kennis- en informatievoorsprong bij de Inspectie van het Onderwijs is hierdoor groot. Bij incidenten die risico's voor de continuïteit van het regionale onderwijsaanbod tot gevolg hebben, leidt dit soms tot de vraag of de gemeente niet eerder en nadrukkelijker geïnformeerd moet worden door de Inspectie van het Onderwijs gelet op de eigen gemeentelijke verantwoordelijkheden. Meerdere gemeenten hebben om die reden met de Inspectie van het Onderwijs afspraken gemaakt over periodiek overleg en informatievoorziening over de financiële situatie van de scholen in de desbetreffende gemeente.¹³²

130 Gerechtshof's-Gravenhage 7 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI9947 (Rotterdam/Ibn Ghaldoun), r.o. 4.2.

131 Trouw, *Kritiek scholen op Asscher-norm*, 28 november 2009. Zie ook Van der Weele & Van Dalfsen 2012.

132 Inspectie van het Onderwijs en Gemeente Den Haag, *Samenwerkingsovereenkomst financieel toezicht op scholen in Den Haag*, 6 november 2015. Vergelijkbare afspraken zijn in 2015 en 2016 gemaakt met veel andere grote gemeenten.

5.4.3 *Toezicht gemeenteraden op het openbaar onderwijs*

A. Extern toezicht op afstand

Veel gemeenten hebben met hun keuze voor de verzelfstandiging van het openbaar onderwijs de voorkeur gegeven aan een meer integraal lokaal onderwijsbeleid en algemeen huisvestingsbeleid. Om dat te kunnen bereiken werd het wenselijk geacht dat de gemeente verantwoordelijk werd voor het totale aanbod van onderwijsvoorzieningen op het lokale vlak en het leggen van verbanden met andere ontwikkelingen in de plaatselijke situatie.¹³³ De beperktere invloed van de gemeente op het bestuur van het openbaar onderwijs lijkt als het ware ‘uitgeruild’ te zijn met de toekenning van de onderwijshuisvestingstaak aan de gemeenten.¹³⁴

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuursvormen openbaar onderwijs in 1997 en de Wet goed onderwijs, goed bestuur in 2010 en de keuze van veel stichtingen voor openbaar onderwijs voor het raad van toezicht-model is de gemeenteraad nog verder op afstand komen te staan van het openbaar onderwijs. De artikelen 42b lid 12 Wpo en 48 lid 12 Wvo gaan er immers van uit dat bij een raad van toezicht-model, niet de bestuurders maar de leden van de raad van toezicht worden benoemd door de gemeenteraad. Bovendien gaan beide bepalingen ervan uit dat bij een raad van toezicht-model de gemeenteraden ook niet langer een goedkeuringsrecht hebben met betrekking tot de vaststelling van de begroting en de jaarrekening. Zie hierover hoofdstuk 6.3.3.

De afstand van de gemeenteraden tot het openbaar onderwijs die hiervan het gevolg is, is niet geheel zonder kritiek. Naar aanleiding van de problemen bij BOOR, een stichting voor openbaar onderwijs in Rotterdam, werd bijvoorbeeld in 2012 door Huisman overwogen om het aantal goedkeuringsrechten uit te breiden ten gunste van de gemeente om zo invulling te geven aan de overheersende invloed van overheidswege op het bestuur.¹³⁵ Een dergelijke keuze heeft echter als nadeel dat niet alleen de zelfstandigheid van de stichtingen voor openbaar onderwijs en de autonomie van hun bestuurders beperkt(er) wordt maar ook dat de politieke verantwoordelijkheid van de gemeente voor het openbaar onderwijs kan toenemen. De vraag is of dat noodzakelijk is. Immers, de intensiteit van het financiële toezicht is de afgelopen jaren toegenomen, de gewenste informatie is eenvoudig op te vragen en in veel gemeenten wordt gebruikgemaakt van overleg- en informatieverplichtingen tussen gemeenten en (openbare) onderwijsorganisaties.

133 RBB 1992.

134 Stb. 1996, 402 (Wet decentralisatie huisvestingsvoorzieningen).

135 Huisman 2012, p. 5.

De VNG en de VOS/ABB lijken mede om deze reden pleitbezorger te zijn van de terughoudende rol van de gemeenteraden.¹³⁶ In een door hen gezamenlijk opgestelde brochure geven zij aan dat (i) het niet de bedoeling is dat de gemeenteraad op de stoel van het schoolbestuur gaat zitten en bepaalt hoe de scholen bestuurd moeten worden en dat de gemeentelijke toezichttaak niet gericht is op (ii) de kwaliteit van het onderwijs en/of (iii) doelmatig en rechtmatig inzetten van de publieke middelen. De verantwoordelijkheid van de gemeenteraad zou zich, mede gelet op de toezichthoudende bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs op zowel het terrein van de kwaliteit van het onderwijs als op het terrein van het financieel toezicht, moeten toespitsen op de grondwettelijke zorgplicht om te voorzien in voldoende openbaar onderwijs.

B. Regeling ernstige taakverwaarlozing

Een belangrijk aanknopingspunt voor het externe toezicht van de gemeenteraden is te vinden in artikel 42b lid 11 Wpo en artikel 48 lid 11 Wvo. In die artikelen is immers bepaald dat de gemeenteraad “in geval van ernstige taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet bevoegd [is, MN] zelf te voorzien in het bestuur van de scholen en zo nodig de stichting te ontbinden”. Hieronder wordt blijkens de parlementaire geschiedenis het volgende verstaan: “Van ernstige taakverwaarlozing is sprake wanneer het bestuur van de school zodanig gebrekkig is dat gesproken kan worden van ontwrichting van het bestuur. In de praktijk zal een dergelijke situatie zich niet snel voordoen. Wanneer het echter noodzakelijk is dat de gemeente zelf voorziet in het bestuur van de school omdat sprake is van ernstige taakverwaarlozing, is er per definitie sprake van inmenging in de interne aangelegenheden van een schoolbestuur.”¹³⁷

De wettelijke interventiebevoegdheid van de gemeenteraad roept veel vragen op. Allereerst kan met betrekking tot de zinsnede “functioneren in strijd met de wet” worden opgemerkt dat het de taak van de Inspectie van het Onderwijs is om te onderzoeken en te beoordelen of een onderwijsorganisatie de onderwijswet- en regelgeving naleeft. Als vermeld heeft het externe toezicht van de gemeenteraad op het openbaar onderwijs grotendeels een aanvullend karakter. Hoogstens kan men stellen dat in het kader van het gemeentelijk toezicht op de verzelfstandigde stichtingen de gemeenteraad het initiatiefrecht heeft om te bepalen of het onderwijs een (voldoende) openbaar karakter heeft en of de continuïteit van het openbare onderwijsaanbod voldoende is geborgd. Voorop staat “het veilig stellen van de essentiële kenmerken van het openbaar onderwijs”.¹³⁸ Ten tweede kan worden opgemerkt dat de regeling onvoldoende helder maakt wat moet worden begrepen onder “voorzien in het

136 VNG & VOS/ABB 2012.

137 *Kamerstukken II* 1995/96, 24138, nr. 5, p. 6.

138 *Kamerstukken II* 1996/97, 24138, nr. 9a, p. 1-2.

bestuur van de scholen en zo nodig de stichting te ontbinden”. Over de ontbindingsbevoegdheid kan worden opgemerkt dat – onverminderd de precieze uitwerking in de statuten – in de toelichting bij de bewuste bepaling is opgenomen dat op grond van de wet de gemeenteraad “wel altijd zelfstandig de mogelijkheid [heeft, MN] om de stichting te ontbinden”.¹³⁹ Hoe die toelichting zich verhoudt tot artikel 2:19 BW is mij onduidelijk. Ook hetgeen wordt bedoeld met “voorzien in het bestuur van de scholen” is onduidelijk. Verlangt dit voorzien in het bestuur een bestuursoverdracht? Wordt bedoeld het ontslaan en benoemen van bestuurders, zoals overwogen in een uitspraak van de Rechtbank Roermond uit 2009?¹⁴⁰ En zo ja, hoe is dat dan mogelijk bij een raad van toezicht-model? En is het denkbaar dat de Inspectie van het Onderwijs niet heeft geoordeeld dat er sprake is van bestuurlijk wanbeheer als bedoeld in de aanwijzingsbevoegdheid maar dat de gemeenteraad toch kan concluderen dat er sprake is van “ernstige taakverwaarlozing”?

Het geheel van de regeling overziend zou het baten als zij wordt verhelderd. Naast meer aandacht voor overleg zou elke verheldering aan moeten sluiten bij enerzijds het aanvullende karakter van het gemeentelijke toezicht op de kwaliteit en continuïteit van het openbaar onderwijs op het externe toezicht door de Inspectie van het Onderwijs en anderzijds de gerechtvaardigde behoefte aan betrokkenheid van de gemeente bij ontwrichtingen en bestuurlijke crises. Een mogelijke denkrichting is het beperken van de verwijzing naar “functioneren in strijd met de wet” tot “functioneren van de onderwijsorganisatie in strijd met de essentiële wettelijke kenmerken van het openbaar onderwijs”. Dat verduidelijkt de verhouding tussen de Inspectie van het Onderwijs en de gemeenteraden. Daar staat tegenover dat juist bij het openbaar onderwijs de betrokkenheid van de gemeente(raad) voorop dient te staan. Dat pleit ervoor om bij de constatering door de Inspectie van het Onderwijs van bestuurlijk wanbeheer als bedoeld in de aanwijzingsbevoegdheid de gemeenteraad of het college van B&W een eigen wettelijke rol te geven, bijvoorbeeld door één van hen de bevoegdheid toe te kennen tot benoeming of voordracht van een bewindvoerder.

C. Ambtelijke status personeel stichtingen voor openbaar onderwijs

Het debat over de veronderstelde afstand tussen de gemeente en de stichting voor openbaar onderwijs is ook terug te lezen in een uitspraak van de Rechtbank Gelderland uit 2015 en

¹³⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 24138, nr. 9a, p. 4.

¹⁴⁰ Rb. Roermond 28 augustus 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ6422 (Venlo/Stichting Akkoord!): r.o. 2.4.2. “Zoals uit de stukken en de toelichting van de zijde van verweerder ter zitting moet worden begrepen, behelst de beslissing van verweerder het ontslag van de leden van het bestuur onder toepassing van artikel 8, eerste lid van de statuten van de stichting en het voorlopig zelf voorzien in het bestuur onder toepassing van artikel 48, elfde lid van de Wet op het primair Onderwijs (WPO).”

het daaropvolgende beroep bij de CRvB.¹⁴¹ Het geschil ging over de vraag of het ontslag van een personeelslid door Stichting AVOO aan te merken was als een besluit in de zin van de Awb of als een privaatrechtelijke rechtshandeling en over de vraag of het betreffende personeelslid ambtenaar was in de zin van de Ambtenarenwet. Voor dat laatste is relevant of hij is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn en dat artikel 1 lid 2 Ambtenarenwet bepaalt dat tot de openbare dienst behoren alle diensten en bedrijven door de Staat en de openbare lichamen beheerd. De Rechtbank Gelderland maakte een vergelijking tussen ‘overwegende overheidsinvloed’ in de zin van het ambtenarenrecht en ‘overheersende invloed van de overheid’ in de zin van het onderwijsrecht. Gelet op het bestaan van voordrachtsrechten van de raad van toezicht voorafgaand aan de benoeming door de gemeenteraad en het niet aanwezig zijn van goedkeuringsrechten voor de begroting en de jaarstukken wegens de keuze voor het raad van toezicht-model, concludeerde de Rechtbank Gelderland dat van ‘overwegende overheidsinvloed’ geen sprake was en dat om die reden het ontslagbesluit aan te merken zou zijn als een privaatrechtelijke rechtshandeling.¹⁴²

De CRvB oordeelde dat de Rechtbank Gelderland ten onrechte had geoordeeld dat betrokkene geen ambtenaar was in de zin van de Ambtenarenwet en dat zij zich dus ten onrechte onbevoegd had verklaard om van het geschil kennis te nemen. De CRvB overwoog dat blijkens de wetsgeschiedenis niet is beoogd om met het creëren van de mogelijkheid tot onderbrenging van het openbaar onderwijs in een privaatrechtelijke stichting op enigerlei wijze afbreuk te doen aan het karakter van het openbaar onderwijs als publiek taakgebied. Expliciet is aangegeven dat er, of nu wordt gekozen voor een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke bestuursvorm, sprake is en blijft van openbaar onderwijs. De keuze voor verzelfstandiging doet daar niet aan af. Ook ten aanzien van de rechtspositie van het personeel bestaat er, aldus verder de toelichting, geen verschil. Aan de materiële en formele eisen van openbaar onderwijs wordt voldaan.¹⁴³ In de noot van Laemers bij deze uitspraak wordt de keuze van de CRvB om nadrukkelijk te verwijzen naar de wetsgeschiedenis terecht juist geoordeeld.¹⁴⁴ Bij de invoering van de bestuursvorm stichting voor openbaar onderwijs, en daarmee het bieden van ruimte voor verdere verzelfstandiging, is immers uitdrukkelijk niet beoogd te komen tot een wijziging in de ambtelijke status van het personeel.

141 Rb. Gelderland 5 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:699 (Stichting AVOO) en CRvB 13 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2729, *JB* 2015/174 m.nt. M. Laemers, *TAR* 2015/160, *ABkort* 2015/307.

142 Rb. Gelderland 5 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:699 (Stichting AVOO), r.o. 6.

143 CRvB 13 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2729, *JB* 2015/174 m.nt. M. Laemers, *TAR* 2015/160, *ABkort* 2015/307, r.o. 3.1 met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1994/95, 24138, nr. 3.

144 *Kamerstukken II* 1994/95, 24138, nr. 3, p. 5.

5.5 INTERVENTIES EN BESTUURLIJKE SANCTIES

5.5.1 *Inleiding*

Als sprake is van niet-naleving van een wettelijk voorschrift kan worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Niet alle mogelijke interventies zijn echter sancties. Sommige interventies kunnen worden ervaren als bestuurlijke sancties, maar voldoen niet altijd even duidelijk aan de definitie van bestuurlijke sanctie als bedoeld in artikel 5:2 Awb. In deze paragraaf worden zowel de verschillende publiekrechtelijke sanctiebevoegdheden van de minister van OCW besproken alsmede de bevoegdheid tot het geven van een waarschuwing, de (tussentijdse) correctie van de bekostiging en het geven van een aanwijzing. Vooral de laatste twee interventie-instrumenten worden in de praktijk vaak als sanctie ervaren maar of zij volledig voldoen aan de definitie van een sanctie is wat ongewis.

In de paragrafen 5.4.2 en 5.4.3 ligt de nadruk op de bevoegdheid tot het geven van een waarschuwing en het opleggen van een maatregel als lichtere interventie-instrumenten. Paragraaf 5.4.4 bespreekt de bevoegdheid van de minister van OCW tot het geven van een aanwijzing. In de paragrafen 5.4.5-5.4.6 worden diverse financiële interventie-instrumenten besproken. In paragraaf 5.4.7 komt vervolgens het zwaarste interventie-instrument aan de orde: die van ontneming van rechten of beëindiging van het recht op bekostiging.

Voor de waarschuwing, de maatregel, de diverse financiële interventie-instrumenten en de interventies tot ontneming van rechten of beëindiging van het recht op bekostiging geldt dat deze zich, uitgaande van het in hoofdstuk 3 beschreven juridisch grondschema, richten tot de onderwijsorganisatie en een oordeel omvatten over de (mate van) naleving van de wettelijke voorschriften door de onderwijsorganisatie. Voor de aanwijzingsbevoegdheid geldt daarentegen dat de vraag tot wie deze interventie zich richt afhankelijk is van de onderwijssector en de specifieke omstandigheden en dat het inzetten van deze bevoegdheid gestoeld moet zijn op een oordeel over de vraag of sprake is van wanbeheer door één of meer bestuurders en of intern toezichthouders. De aanwijzingsbevoegdheid heeft als gevolg directe betekenis voor de juridische positie van de bestuurder. Voor de andere te bespreken interventie-instrumenten is die betekenis veeleer indirect.

Waar in dit hoofdstuk wordt gesproken over een bevoegdheid van de minister van OCW tot het inzetten van een instrument, komt die bevoegdheid doorgaans krachtens mandaat toe aan de Inspectie van het Onderwijs. Dit volgt uit artikel 3 Wot en is nader uitgewerkt in artikel 7 Organisatie- en mandaatbesluit OCW 2008. De bevoegdheden tot het geven van een aanwijzing, het met meer dan vijftien procent inhouden of geheel of gedeeltelijk

opschorten van de bekostiging, het besluit tot opheffing van een onderwijsorganisatie en het besluit tot beëindiging van de aanspraak op bekostiging zijn door de minister van OCW niet gemandateerd aan de Inspectie van het Onderwijs. Voor het hoger onderwijs geldt dat de NVAO alleen adviserende bevoegdheden heeft en niet namens de minister van OCW kan besluiten tot het intrekken van accreditatie of enige andere sanctie.

5.5.2 *Waarschuwing*

Zowel de Web als de Whw biedt de minister van OCW de bevoegdheid om een waarschuwing te geven. De wettelijke grondslag is te vinden in artikel 6.1.5 lid 2 en artikel 6.1.5b lid 2 Web en artikel 6.6 lid 2 Whw.

In het middelbaar beroepsonderwijs kan de waarschuwing worden gegeven als de minister van OCW van oordeel is dat de kwaliteit van die opleiding of de examinering langer dan één jaar onvoldoende is geweest. Als na de waarschuwing ten minste één jaar verstreken is en de minister van OCW aan de hand van een nader onderzoek opnieuw tot het oordeel komt dat niet of niet in voldoende mate gevolg is gegeven aan de waarschuwing, kan hij vervolgens besluiten tot ontneming van het recht om een specifieke beroepsopleiding te verzorgen of het recht op examinering van een beroepsopleiding ontnemen.¹⁴⁵ Dergelijke waarschuwingen moeten verplicht openbaar gemaakt worden. In het hoger onderwijs kan de waarschuwing worden gegeven als de opleidingen van hogescholen en universiteiten niet (meer) voldoen aan de wettelijke bepalingen omtrent de kwaliteitszorg, de registratie, het onderwijs, de examens, de promoties of de vooropleidingseisen of toelatingseisen. De waarschuwing moet de termijn benoemen waarbinnen aan de waarschuwing gevolg moet worden gegeven. Wordt aan de waarschuwing geen of onvoldoende gevolg gegeven, dan kan dat leiden tot een besluit tot ontneming van het recht op bekostiging en graadverlening (artikel 6.5 lid 1 Whw). De Whw verplicht na het geven van de waarschuwing niet tot nader onderzoek. In de praktijk is het echter moeilijk voorstelbaar dat na een gegeven waarschuwing een besluit tot ontneming van rechten kan volgen zonder nader onderzoek.¹⁴⁶

De bevoegdheid van de minister van OCW om aan onderwijsorganisaties in het middelbaar beroepsonderwijs een waarschuwing te kunnen geven, kennen we sinds de invoering van de Web in 1996.¹⁴⁷ Blijkens de bijbehorende toelichting bevestigt de betreffende bepaling

¹⁴⁵ Het kabinet heeft het voornemen de duur van een waarschuwing ook daadwerkelijk te beperken tot één jaar en wenst de mogelijkheid van verlengingen om administratieve redenen te beperken. Zie Consultatiedocument Voorstel van Wet tot wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs met betrekking tot enkele kwaliteitsaspecten in het beroepsonderwijs, 9 februari 2015, www.internetconsultatie.nl.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25370, nr. 3, p. 23.

¹⁴⁷ Wet educatie en beroepsonderwijs (Stb. 1996, 501; dossier 23778).

dat een instelling “formeel door de minister opmerkzaam” wordt gemaakt “op de gevolgen van een voortdurende situatie van onvoldoende kwaliteit”.¹⁴⁸ De waarschuwingsbevoegdheid is in 1998 ingevoerd ter bevordering van een meer gedifferentieerd en transparanter onderwijsaanbod.¹⁴⁹ Zij moest “borg staan voor een zorgvuldige procesgang” voorafgaand aan de ontneming van rechten.¹⁵⁰ De NVAO en de Inspectie van het Onderwijs kunnen de minister van OCW adviseren om tot waarschuwing over te gaan.¹⁵¹

In de Wpo en de Wvo vinden we het instrument van de waarschuwing niet terug. Hoogstens is een vergelijking mogelijk met de bepalingen inzake de bevoegdheid van de minister van OCW om in te grijpen als sprake is van het langdurig tekortschieten van de leerresultaten (zeer zwakke school). Een negatief oordeel over het eerste van de drie schooljaren betekent dat de termijn begint te lopen en dat de onderwijsorganisatie zich ‘gewaarschuwd’ moet achten. Voorts gaat de escalatieladder van de Inspectie van het Onderwijs uit van het opstellen van een herstelplan door de onderwijsorganisatie als er redenen zijn voor aangepast toezicht vanwege een verhoogd financieel risico, zwak onderwijs of tekortkomingen in de naleving. Bij (kleine) formaliteiten maken Inspectie van het Onderwijs en onderwijsorganisaties daarnaast soms zogeheten bestuursafspraken gericht op onmiddellijk herstel; dat zou men aan kunnen duiden als een informele waarschuwing.¹⁵²

De in de Web en de Whw beschreven waarschuwingen kwalificeren als herstelsancties als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 onder b Awb. Een onderwijsorganisatie kan bezwaar maken en beroep instellen tegen dit waarschuwingsbesluit. Een waarschuwing heeft echter vooral tijdelijke betekenis. Als binnen de gestelde termijn wordt voldaan aan de norm, is het materiële belang van een bezwaar beperkt. Dat wil echter niet zeggen dat het niet nuttig kan zijn om tegen een waarschuwing in verweer te komen. Immers, de onderwijsorganisatie kan naast de waarschuwing geconfronteerd worden met bijvoorbeeld een bekostigingssanc-tie die direct verband houdt met het onderzoeksrapport waarop ook de waarschuwing zich baseert. Ook kan de onderwijsorganisatie in het kader van bijvoorbeeld ‘educational mal-practice’ belang hebben bij intrekking of wijziging van de waarschuwing.

148 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 95.

149 Wijziging van onder meer de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en de Wet op de studiefinanciering ter uitvoering van in het hoger onderwijs- en onderzoeksplan 1996 aangekondigde maatregelen (Stb. 1998, 216).

150 *Kamerstukken II* 1996/97, 25370, nr. 3, p. 22-23.

151 De samenloop met het accreditatiebesluit van de NVAO is niet goed uitgewerkt. Immers, ook een negatief accreditatiebesluit kan leiden tot het vervallen van het recht op bekostiging en het recht om graden te verlenen (artikel 5a.12 Whw) en ook bij die accreditatieverlening wordt in elk geval gekeken naar de deugdelijkheid van de examinering en het onderwijsprogramma (artikel 5a.13f Whw).

152 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 27.

5.5.3 *Maatregel*

De bevoegdheid van de minister van OCW om maatregelen te treffen vinden we sinds 2002 terug in het primair en voortgezet onderwijs en in het middelbaar beroepsonderwijs.¹⁵³ Met als wettelijke grondslag de artikelen 164a Wpo en 104a Wvo kan de minister van OCW een maatregel opleggen als de kwaliteit van het onderwijs of de kwaliteit van het bestuur ernstig of langdurig tekortschiet. De artikelen 6.1.5a en 6.2.3a Web geven aan dat de minister van OCW een maatregel op kan leggen als de kwaliteit van die opleiding langer dan één jaar onvoldoende is geweest of niet (meer) wordt voldaan aan hetgeen bij of krachtens de Web is bepaald ten aanzien van de kwaliteitszorg, het onderwijs of de examens, het aantal uren onderwijs, de rechtsbescherming, de onderwijsovereenkomst, de vooropleidingseisen en de opnemings in het Crebo. Het hoger onderwijs kent niet de figuur van de maatregel.

De formulering van de wettelijke bepalingen gaat uit van een rol van de Inspectie van het Onderwijs als ‘partner’ in plaats van ‘controleur’. De maatregel werd bij de invoering aangemerkt als onderdeel van het zogeheten ‘bestuurlijk natraject’.¹⁵⁴ Zij moest ‘stimulerend’ zijn en werd gezien als ‘een hulpinstrumentarium’ waarbij op basis van vrijwilligheid stimulerende maatregelen konden worden getroffen.¹⁵⁵ In 2000 overwoog minister Hermans bijvoorbeeld “dat de minister stimulerende maatregelen neemt voor het geval dat er deugdelijkheidseisen niet zijn nageleefd. De minister kan dan in eerste instantie afzien van het nemen van bekostigingsmaatregelen op voorwaarde dat de school instemt met het nemen van andere (stimulerende) maatregelen zoals het aanstellen van een interim-manager.”¹⁵⁶ Het instrument van een (gedeeltelijke) bekostigingssanctie werd gezien als “stok achter de deur”.¹⁵⁷ Als voorbeelden van stimulerende maatregelen werden genoemd het toekennen van extra financiële middelen, het aanschaffen van leermiddelen of het aantrekken van een interim-manager.

Bij de invoering van de maatregel was het idee dat de maatregel van waarde kon zijn bij het maken van een onderscheid in de situaties dat de kwaliteit van het onderwijs weliswaar tekortschoot op een van de kwaliteitsaspecten en de situatie dat sprake was van het niet-

153 Wet op het onderwijstoezicht (Stb. 2002, 387; dossier 27783). Het begrip ‘maatregel’ treffen we overigens ook aan bij de aanwijzingsbevoegdheid (artikel 163b Wpo, artikel 103g Wvo, artikel 9.1.4a Web, artikel 10.3e Whw en artikel 9.9a juncto 9.51 lid 2, 6^e volzin Whw). Deze aanwijzingsbevoegdheid wordt verder besproken in paragraaf 5.7.4.

154 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 20-21 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 5, p.12.

155 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 20-21 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 5, p.12.

156 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 5, p.12.

157 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 20.

naleven van wettelijke voorschriften.¹⁵⁸ Deze nuance is verloren gegaan door de na 2002 nieuw in werking getreden kwalitatieve wettelijke bekostigingsvoorwaarden, de toename van het aantal zorgplichten en het door de vormgeving van het externe toezicht ‘vervagen’ van het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en kwaliteitsaspecten.

De maatregel kan door de minister van OCW worden getroffen op verzoek van de onderwijsorganisatie zelf of uit eigen beweging in overeenstemming met de onderwijsorganisatie.¹⁵⁹ Effect van deze wettelijke voorwaarde is dat de maatregel geen bestuurlijke herstelsanctie is. Er is veeleer sprake van een overeenkomst over de inzet van een publiekrechtelijke bevoegdheid door het bestuursorgaan casu quo een gedoogafpraak. Een onderwijsorganisatie kan ook moeilijk bezwaar en beroep aantekenen tegen een op verzoek opgelegde maatregel, nu hij om de oplegging van de maatregel heeft verzocht of daarmee ingestemd. Dat gezegd hebbende komt soms bij zwaardere interventies de vraag op of niet eerst het lichtere instrument van de maatregel had moeten worden benut. Tot op heden is een dergelijk verweer weinig succesvol gebleken. Zo werd het argument van As Siddiq dat een zwaarder instrument extra motivering behoeft, in 2011 niet gevolgd door de Afdeling Bestuursrechtspraak. Die overwoog dat bij een bekostigingssanctie niet eerst een maatregel als bedoeld in 164a Wpo behoeft te zijn opgelegd.¹⁶⁰ Die overweging lijkt mij in zijn algemeenheid onjuist. Al was het maar omdat artikel 3 lid 3 Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen de minister van OCW verplicht om bij een terugvordering te beoordelen of strikte toepassing leidt tot een onbillijkheid van overwegende aard.

5.5.4 *Aanwijzingsbevoegdheid*

A. Wettelijke grondslag

Sinds 2010 beschikt de minister van OCW over een aanwijzingsbevoegdheid in het primair en voortgezet onderwijs en sinds 2014 ook in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs (artikelen 163b Wpo, 103g Wvo, 154a Wec, 9.1.4a Web, 10.3e Whw en

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 21.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 20: “Er mag geen misverstand over bestaan dat indien er geen sprake is van niet naleving het uiteindelijk aan de instelling is de in dit traject aangeboden middelen ter verbetering van de kwaliteit al dan niet te accepteren. Dat is het onvermijdelijke, ultieme gevolg van het beginsel, zoals dat ook is neergelegd in de Grondwet, dat het bij andere aspecten van kwaliteit dan die wettelijk zijn voorgeschreven, gaat om keuzen van de instelling op terreinen waarop zij vrij is. (...) Het gegeven dat een maatregel de instemming van de onderwijsorganisatie dient te hebben, betekent dat, indien het bestuur de minister niet zelf heeft verzocht om maatregelen te treffen, de minister hiertoe slechts in overleg met het bestuur kan overgaan.”

¹⁶⁰ ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddiq), r.o. 2.6.1.

9.9a juncto 9.51 lid 2, 6^e volzin Whw).¹⁶¹ De verschillende wettelijke bepalingen zijn vrijwel volledig op elkaar afgestemd; reden waarom de aanwijzingsbevoegdheid hier in zijn algemeenheid wordt besproken. Een aanwijzing wordt gegeven door de minister van OCW en omvat één of meer maatregelen.¹⁶² Die maatregelen moeten volgens de wettelijke formulering evenredig zijn aan het doel waarvoor zij worden gegeven.

Er moet voor het geven van een aanwijzing sprake zijn “van wanbeheer van een of meer bestuurders of toezichthouders”. De aanwijzingsbevoegdheid vindt haar oorsprong in het voorafgaande handelen van individuele bestuurders en toezichthouders.¹⁶³ De aanwijzing richt zich dan ook niet op de mate van naleving van de wet door de onderwijsorganisatie. Daarmee wijkt de aanwijzingsbevoegdheid af van de andere in dit hoofdstuk beschreven interventie-instrumenten. Het onderzoeken van de vraag of er een grond is voor het geven van een aanwijzing verlangt onderzoek naar en oordeelsvorming over het handelen en/of nalaten van individuele bestuurders en/of intern toezichthouders.

Onder ‘wanbeheer’ worden blijkens het tweede lid van de wettelijke bepalingen uitsluitend de volgende situaties verstaan:

- a. financieel wanbeleid;
- b. ernstige nalatigheid om, in ieder geval in strijd met de artikelen omtrent de minimale kwaliteit/kwaliteitszorg, maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de instelling en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel [van de betreffende onderwijssector] in gevaar komt;¹⁶⁴
- c. ongerechtvaardigde verrijking, al dan niet beoogd, van de rechtspersoon die de school/instelling in stand houdt, zichzelf dan wel een derde of;
- d. onrechtmatig handelen, waaronder wordt verstaan het in de hoedanigheid van bestuurder of toezichthouder handelen in strijd met wettelijke bepalingen waarmee financieel voordeel wordt behaald ten gunste van de rechtspersoon die de school/instelling in stand houdt, zichzelf of een derde;
- e. het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie/binnen de instelling, waaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, studenten/leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder.

161 Wet goed onderwijs, goed bestuur (Stb. 2010, 80) en Wet Versterking kwaliteitszorg hoger onderwijs (Stb. 2013, 558).

162 Auteur heeft de aanwijzingsbevoegdheid sinds 2009 meermaals besproken. Zie onder meer Nolen & Huisman 2009, Nolen 2013b en Nolen 2014.

163 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 23.

164 Deze grond werd in 2013 wet. Zie voor een nadere toelichting *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 15, p. 8.

B. Juridisch karakter aanwijzingsbevoegdheid

Over het juridisch karakter van de aanwijzing kan onzekerheid bestaan. Is sprake van een herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 onder b Awb, is sprake van een instrument inhoudende de enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen (artikel 5:2 lid 2 Awb) of is de aanwijzingsbevoegdheid een bevoegdheid *sui generis*?

Van een herstelsanctie is sprake als de aanwijzingsbevoegdheid zich uit zou strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding. Die algemeen bestuursrechtelijke formulering roept de vraag op of de aanwijzing wel een bestuurlijke herstelsanctie is. Een overtreding vereist immers dat sprake is van een gedraging die in strijd is met de wet. De wettelijke omschrijving van wanbeheer in de onderwijssectorwetten geeft echter voeding aan de opvatting dat daarvan bij een aanwijzing niet altijd sprake hoeft te zijn. Men kan de wettelijke bepalingen zo lezen dat naar de letter van de tekst de genoemde situaties ruimte laten voor het oordeel dat het betreffende handelen zelf (nog) niet in strijd is met de wet. Dat zou betekenen dat een aanwijzing reeds kan worden gegeven als de onderwijsorganisatie en de bestuurders op zich aan de wet voldoen maar de bestuurders niet voldoen aan de ruimere norm van wanbeheer.

Tegenover deze opvatting staat dat in de toelichtingen op de aanwijzingsbevoegdheid stelselmatig wordt gesproken over de aanwijzing als “een actie die is gericht op het herstel van de overtreding” en “een noodzakelijk aanvullend sanctie-instrument” als alternatief voor het toepassen van de sanctiemogelijkheid tot het geheel of gedeeltelijk inhouden van de bekostiging ten koste van navolgende leerlingen en studenten.¹⁶⁵ Ook is in de toelichting opgemerkt dat met deze aanwijzing de minister van de betrokken rechtspersoon “kan verlangen dat de nodige maatregelen worden getroffen om de overtreding van de geschonden norm te herstellen”.¹⁶⁶ In 2013 merkte de minister van OCW op dat met het middel van de aanwijzing in de toekomst kan worden opgetreden tegen falende bestuurders en/of toezichthouders die de “overtreding van de bekostigingsvoorwaarden niet of niet snel genoeg willen wegnemen”.¹⁶⁷ Voorts werd aangegeven dat de minister van OCW “bij overtreding van die bekostigingsvoorwaarde een bekostigingssanctie [kan, MN] opleggen, maar in ernstige gevallen is een aanwijzing om deze of gene maatregel te treffen om een misstand te herstellen, een doelgericht instrument”.¹⁶⁸ In antwoord op vragen van de

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 19-20 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 20.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 3.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 18, p. 5.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 18, p. 6.

Eerste Kamer over de reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid werd dit nogmaals bevestigd.¹⁶⁹

Deze toelichtingen suggereren dat – in elk geval naar de opvatting van het kabinet bij de introductie – sprake moet zijn van een overtreding; en dat dus sprake zou zijn van een bestuurlijke herstelsanctie. Kennelijk zien opeenvolgende bewindspersonen de aanwijzing als een instrument dat alleen kan worden ingezet bij een niet-naleving van de wet door de bestuurders of toezichthouders. Dit in aanvulling op en als alternatief voor de reeds bestaande sanctiebevoegdheden. De strekking van de aanwijzingsbevoegdheid is volgens de toelichting ook dat sprake is van een “ultimum remedium bij de meest problematische gevallen”.¹⁷⁰ Dit duidt op een *last resort*-benadering. Die conclusie zou betekenen dat de situaties van wanbeheer veronderstellen dat sprake is van een overtreding van de wettelijke norm, dat de aanwijzing meer is dan alleen een enkele last tot het verrichten van een bepaalde handeling en dat dus de aanwijzingsbevoegdheid voldoet aan de bestuursrechtelijke definitie van herstelsanctie. Deze gedachtegang vindt op zich steun in de opmerking van de regering dat de aanwijzing kan worden ondersteund met een bekostigingssanctie: “als het bevoegd gezag de aanwijzing niet naleeft, kan de minister alsnog de bekostigingssanctie opleggen”.¹⁷¹

Ook een tweede argument om aan te nemen dat sprake moet zijn van een overtreding, is te vinden in de wetsgeschiedenis. In 2012 diende het kabinet een voorstel in bij de Raad van State om te komen tot een wettelijke bepaling inhoudende dat ook in een situatie dat sprake was van een “handelen in strijd met de kennelijke geest van de wet” de aanwijzingsbevoegdheid kon worden ingezet. De Raad van State merkte naar aanleiding van dit voorstel op dat aan de minister van OCW geen handhavingsbevoegdheid behoorde toe te komen “indien niet vaststaat dat een bekostigingsvoorwaarde niet wordt nageleefd”.¹⁷² Een onderwijsorganisatie die zich aan de wet hield, mocht niet worden geconfronteerd met welke vorm van ingrijpen dan ook. De Raad van State adviseerde daarom de aanwijzingsbevoegdheid te beperken tot “alleen het (herhaaldelijk) niet naleven van een bekostigingsvoorwaarde”.¹⁷³ Het resultaat was dat de oorspronkelijk voorgestelde zinsnede “in strijd met de kennelijke geest” werd geschrapt. Dat suggereert a contrario dat een overtreding noodzakelijk is.

169 *Kamerstukken I* 2013/14, 33472, nr. C, p. 4: “Het vertrekpunt bij het inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid is altijd dat er sprake is van een overtreding van de bekostigingsvoorwaarden en dat het met andere middelen niet is gelukt de situatie te verbeteren.”

170 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 4.

171 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 30.

172 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 4, p. 18-20 met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 2009/10, 32368, nr. 4.

173 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 4, p. 18.

De letterlijke tekst laat echter als gezegd ruimte om te oordelen dat een overtreding niet nodig is. Ook de wettelijke verwijzing naar de situatie van het “in gevaar” komen van de kwaliteit van het stelsel geeft enige ruimte om de aanwijzingsbevoegdheid (lid 2 sub b) reeds in te zetten als (nog)niet vast staat dat daadwerkelijk in strijd wordt gehandeld met een bekostigingsvoorwaarde. De toelichting verbindt aan die ruimte echter wel strikte cumulatieve condities: (1) ernstige nalatigheid van bestuurders of toezichthouders bij het bieden van de kwaliteitszorg die in de verschillende onderwijswetten wordt verlangd; (2) ernstige problemen met het waarborgen van de kwaliteit en de goede voortgang van het onderwijs aan de school of instelling; (3) de problemen binnen de school of instelling vormen óók een bedreiging voor het vertrouwen in én het functioneren van het onderwijsstelsel; (4) inzet van andere instrumenten is niet effectief gebleken.¹⁷⁴

De eventuele kwalificatie als bestuurlijke herstelsanctie is op het oog van belang omdat het iets kan zeggen over de rechtsbescherming van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Die is bij overtredingen indringender. Dit gezegd hebbende, zou er in een specifiek geval al twijfel bestaan over het vereiste van de aanwezigheid van een overtreding, dan kan gelden dat de aanwijzing een bevoegdheid *sui generis* is. Ook als onduidelijk zou zijn of een overtreding noodzakelijk is en of de beschermende artikelen 5:4 tot en met 5:10 Awb van kracht zijn, bestaat er een noodzaak voor de overheid om bij de oplegging van de aanwijzing rekenschap te geven van het legaliteits- en evenredigheidsbeginsel, het eventuele bestaan van een rechtvaardigingsgrond, en het van kracht zijn van een voor dezelfde overtreding reeds opgelegde herstelsanctie. Dit wordt zelfs bevestigd door de tekst van de wet: een te geven maatregel moet immers “evenredig” zijn “aan het doel waarvoor zij wordt gegeven”. Voorts staat vast dat de aanwijzingsbevoegdheid door alle betrokkenen wordt gezien als een zeer zwaar instrument. Huisman noemde de aanwijzingsbevoegdheid niet voor niets “feitelijk de hoogste sport van de ‘escalatieladder’”.¹⁷⁵ Ook de wetsgeschiedenis schetst het beeld dat het inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid een op de bestuurders en intern toezichthouders gerichte *last resort* is en dat het met andere middelen niet gelukt moet zijn de situatie te verbeteren.¹⁷⁶ Dat rechtvaardigt daadwerkelijke rechtsbescherming; niet alleen voor de onderwijsorganisatie maar ook voor de bestuurders die zich voor het verwijt “wanbeheer” gesteld zien.

C. Soorten maatregelen?

Voor het treffen van een bestuurlijke herstelsanctie is het natuurlijk noodzakelijk dat er iets te herstellen is. Dat zal bij wanbeheer niet altijd even eenvoudig zijn, zeker niet als het

174 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 15, p. 8.

175 Huisman 2014a, p. 56.

176 *Kamerstukken I* 2013/14, 33472, nr. C, p. 4.

onderliggende onderzoek zich eigenlijk richt op het handelen van reeds vertrokken bestuurders of intern toezichthouders. Met opzet is door de onderwijswetgever uiteindelijk niet duidelijk gemaakt welke maatregelen een aanwijzing kan omvatten. Uitgaande van het in 2010 benoemde uitgangspunt dat de aanwijzing slechts in uitzonderlijke gevallen tot de mogelijkheden behoort, is de voorkeur gegeven aan ruimte voor maatwerk: “Al te sterke wettelijke concretisering van mogelijk denkbare maatregelen leidt tot detaillering en formalisme en een keurslijf waarmee de effectiviteit van de aanwijzing – als alternatief voor de ingrijpendere bekostigingsmaatregel aan kracht en slagvaardigheid inboet.”¹⁷⁷ De Raad van State was hierover zeer kritisch: “Niet [is] bepaald (...) tot hoever en waartoe de aanwijzingsbevoegdheid kan strekken”.¹⁷⁸ In de memorie van toelichting werd wel het geven van een aanwijzing inhoudende “dat de rechtspersoon wordt aangesproken om te besluiten tot vervanging van één of meer bestuurders of toezichthouders” als voorbeeld gegeven.¹⁷⁹ Andere benoemde maatregelen betreffen het opleggen van de verplichting om aanvullend bijstand of expertise in te schakelen, het geven van opdracht om interne organisatorische maatregelen te treffen, het laten verrichten van een externe audit of het nemen van personele maatregelen indien het wanbeheer samengaat met het ernstig disfunctioneren binnen de niet bestuurlijke geledingen van de organisatie.¹⁸⁰

Van de aanwijzingsbevoegdheid moet volgens het kabinet ‘preventieve werking’ uitgaan en de op te leggen maatregel moet kunnen leiden tot het treffen van een (tijdelijke) voorziening voor het bestuur of toezicht.¹⁸¹ Verwacht mag worden dat nu de aanwijzingsbevoegdheid zich richt op het handelen van bestuurders en intern toezichthouders dat ook behoort te gelden voor de te treffen maatregelen. De in de diverse toelichtingen genoemde mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing tot vervanging of ontslag van bestuurders of intern toezichthouders is daarvan een voorbeeld.¹⁸² Terughoudendheid is dan volgens de wetsgeschiedenis wel het vertrekpunt. Een aanwijzing moet vooral gericht zijn op het effectief oplossen van de eigen zaken door het bestuur en mag niet enkel en alleen bedoeld zijn om bepaalde personen te laten vertrekken.¹⁸³ Een aanwijzing is een voor bestuurders zeer ingrijpende interventie en zeker bij een maatregel tot vervanging of ontslag is hun rechtspersonenrechtelijke en arbeidsrechtelijke rechtspositie in het geding.¹⁸⁴

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 6.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 16, p. 3.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 3.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 46.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 46.

¹⁸² *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 46.

¹⁸³ *Handelingen I* 2009/10, 2 februari 2010, 17, p. 734-735.

¹⁸⁴ Zie hierover ook Nolen 2013b. In 2013 bestond nog het voornemen bij het kabinet om de minister van OCW de bevoegdheid te geven om de rechter te vragen te voorzien in de vervanging van het bestuur als de aanwijzing niet werd opgevolgd. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 18.

Een tweetal mogelijke maatregelen werd expliciet uitgesloten. Allereerst de door enkele Kamerleden en de Onderwijsraad geopperde mogelijkheid tot bewindvoering.¹⁸⁵ Staatssecretaris Van Bijsterveldt: “De overheid kan nooit treden in het bestuur van een vereniging of een stichting of van wat dan ook. Dat past niet en met het aanstellen van een bewindvoerder is dat al snel het geval.”¹⁸⁶ Voorts werd een amendement afgestemd inhoudende het – bij een aanwijzing tot ontslag van één of meer bestuurders of toezichthouders – benoemen van nieuwe bestuurders of toezichthouders door de minister van OCW.¹⁸⁷

D. Aanvullende grenzen voor de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid

De grenzen bij de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid worden bepaald door de wettelijke formulering, de voorwaarde dat het moet gaan om handelen van zittende bestuurders of intern toezichthouders en het karakter van *last resort*. In aanvulling hierop kunnen nog enkele aanvullende grenzen worden geduid.

De eerste grens volgt direct uit de wettelijke formulering, die bepaalt dat de maatregel “evenredig ([s, MN] aan het doel waarvoor zij wordt gegeven”. Dit sluit aan bij het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in artikel 3:4 lid 2 Awb en het algemene beginsel van proportionaliteit. Het zorgvuldigheidsbeginsel is expliciet gemaakt door de verplichting van de minister van OCW om voorafgaand onderzoek te laten verrichten door de Inspectie van het Onderwijs en de onderwijsorganisatie een termijn van vier weken te gunnen om een zienswijze uit te brengen voor de aanwijzing.¹⁸⁸ Het idee van Jan Jacob van Dijk bij het bewuste aangenomen amendement was dat eerst onderzoek werd gedaan door de Inspectie van het Onderwijs.¹⁸⁹ In dit onderzoek moet de Inspectie van het Onderwijs het inzetten van de aanwijzing hebben aanbevolen.¹⁹⁰ Dit onderzoek moet “objectief en transparant handelen van de overheid” waarborgen, mede gelet op het ontbreken van rechterlijke toetsing vooraf.¹⁹¹

Een tweede grens wordt gevormd door het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel. Op de vraag of de aanwijzingsbevoegdheid niet het risico in zich hield van een (te) vergaande inmenging van de overheid antwoordde staatssecretaris Van Bijsterveldt dat het niet de taak is van de overheid om in te grijpen in het bestuur, maar dat de minister vanuit diens

185 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 2 (Kamerleden Staf Depla (PvdA) en Jasper van Dijk (SP)); Onderwijsraad 2009, p. 10 en p. 16.

186 *Handelingen II* 2008/09, 9 september 2009, 108, p. 8644-8645.

187 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 11 (niet aangenomen).

188 *Kamerstukken II* 2009/10, 31828, nr. 29 (amendement-Van Dijk). Zie ook *Handelingen II* 2008/09, 107, p. 8606, 18 september 2009.

189 *Handelingen II* 2008/09, 8 september 2009, 107, p. 8606-8607.

190 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 29 (amendement-Van Dijk).

191 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 29 (amendement-Van Dijk, Depla, Anker).

stelselverantwoordelijkheid wel moet kunnen optreden in situaties van wanbeheer. De vrijheid van onderwijs zou volgens haar niet zijn bedoeld om de onderwijsorganisatie te vrijwaren van ingrijpen in geval van bestuurlijk wanbeheer.¹⁹² A contrario brengt dit mijns inziens mee dat in het kader van de motivering ook aandacht moet worden besteed aan de vraag of het inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid een onevenredige inbreuk maakt in de onderwijsrechtelijke autonomie en in de bestuursautonomie.

De reactie van staatssecretaris Van Bijsterveldt maakt in elk geval inzichtelijk dat de aanwijzingsbevoegdheid weliswaar een alternatief kan zijn voor de bekostigingssanctie, maar niet lichtvaardig zou mogen worden ingezet. Het kabinet merkte in de Eerste Kamer op dat de aanwijzingsbevoegdheid inderdaad raakt aan de soevereiniteit van onderwijsorganisaties en dat om die reden de bepalingen inzake de aanwijzingsbevoegdheid niet te ruim mogen worden geïnterpreteerd: “De sluizen gaan niet open”, aldus de staatssecretaris in 2009.¹⁹³ Sterker nog, in 2013 gaf het kabinet aan dat bij de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid de overheid een verplichting heeft om af te wege van de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid niet strijdig is met de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden.¹⁹⁴ Het kabinet zocht de beperking van het risico op inmenging wel vooral in het geclausuleerde gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid, de in de wettekst benoemde evenredigheidstoets voor de op te leggen maatregel en de mogelijkheid voor de onderwijsorganisatie om de aanwijzing te laten toetsen door de bestuursrechter.¹⁹⁵

Een derde grens is het gegeven dat de aanwijzingsbevoegdheid niet kan zien op wanbeheer door ex-bestuurders en ex-intern toezichthouders. Strikte lezing van de wettelijke bepalingen leert dat slechts bij wanbeheer van één of meer in functie zijnde bestuurders van de onderwijsorganisatie overgegaan kan worden tot het geven van een aanwijzing. De wettelijke regeling is limitatief. Aan een onderwijsorganisatie kan wel een informeel verzoek worden gedaan om onderzoek te (laten) doen naar het functioneren van ex-bestuurders en ex-toezichthouders, maar kan met een beroep op de aanwijzingsbevoegdheid geen maatregel worden opgelegd om zo’n onderzoek te verrichten.

192 *Handelingen II* 2008/09, 9 september 2009, 108, p. 8644.

193 *Handelingen I* 2009/10, 2 februari 2010, 17, p. 734.

194 *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 16, p. 8.

195 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 5. De opmerking van het kabinet dat de minister van OCW bij de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid is gebonden aan artikel 23 Grondwet, is opvallend. Betekent dit nu dat in het specifieke geval van een aanwijzingsbevoegdheid de bestuursrechter zou mogen toetsen of de inzet past binnen artikel 23 Grondwet of de in Hoofdstuk 1 door mij benoemde afbakeningsartikelen? Zo ja, sluit dit dan aan bij het verbod op constitutionele toetsing of is het idee dat wel de specifieke inzet kan worden getoetst maar niet het wettelijke instrument als zodanig? Interessante vraag, beetje weggemoffeld in de noot. Ik meen dat het gaat om de specifieke toepassing.

E. Nadere opmerkingen bij de aanwijzingsbevoegdheid

Bij de introductie van de aanwijzingsbevoegdheid zijn door de Raad van State, de Onderwijsraad en de literatuur diverse kritische opmerkingen geplaatst.¹⁹⁶ Een deel van die opmerkingen is hiervoor aangestipt. Samengevat hebben de meeste opmerkingen betrekking op de toegevoegde waarde, de onbepaaldheid en de samenloop met bestaande instrumenten, de adressering van de bevoegdheid, het moment van de toetsing en het informele gebruik.

Onbepaaldheid aanwijzingsbevoegdheid en samenloop met rechtspersonenrecht

De aanwijzingsbevoegdheid benoemt wel de situaties van wanbeheer limitatief, maar die situaties zijn door hun open formulering alsnog onbepaald. Onduidelijk is bijvoorbeeld of sprake moet zijn van persoonlijke ernstige verwijtbaarheid zijdens de bestuurders of intern toezichthouders, hetgeen wel een vereiste is bij onbehoorlijk bestuur als bedoeld in het rechtspersonenrecht. De diverse begrippen, formuleringen en bijbehorende toelichtingen getuigen dan ook van weinig onderlinge harmonie ten opzichte van het rechtspersonenrecht en aanwijzingsbevoegdheden in andere (maatschappelijke) sectoren.

De Raad van State en de Onderwijsraad wezen beiden ook op de samenloop met het strafrecht en het kunnen doen van een beroep op artikel 2:298 BW (schorsing/ontslag bestuurders door de rechtbank).¹⁹⁷ Het is omwille van de rechtszekerheid raadzaam om de terminologie van de aanwijzingsbevoegdheid beter te laten aansluiten op de artikelen 2:9, 2:298 en 2:345 BW.¹⁹⁸ Overes wees hier in 2013 ook al op.¹⁹⁹ De onderwijsrechtelijke norm wanbeheer heeft door het ontbreken van het vereiste van persoonlijke ernstige verwijtbaarheid ook een ruimer toepassingsbereik dan de onbehoorlijke taakvervulling voortvloeiende uit artikel 2:9 BW.²⁰⁰

196 *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 16; *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 4; *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32419, nr. 4, Onderwijsraad 2009, p. 18, Overes 2011, p. 96-100, Nolen & Huisman 2009, p. 11-13 en Barkhuysen & Claessens 2014, p. 78.

197 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 4, p. 11 en Onderwijsraad 2009, p. 18.

198 Nolen 2013b.

199 Nolen 2014, p. 165 en Overes 2013, par. 6. Overigens speelde deze vraag ook bij de invoering van het enquêterecht. In 1991 zag de minister van Justitie nog geen aanleiding om de artikelen 2:298 BW voor wat betreft de stichtingen die onder het enquêterecht kwamen te vallen buiten werking te stellen en algehele opheffing van de 'lichtere procedure' werd onwenselijk geacht. Zie de verwijzing naar *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 17.

200 De wetsgeschiedenis suggereert dat alleen bij een aanwijzing wegens ernstige nalatigheid sprake moet zijn van verwijtbaarheid: "Van ernstige nalatigheid is sprake als een falen zich voordoet doordat niet of niet effectief wordt opgetreden terwijl dat objectief gezien wel mogelijk en geboden is. Door het niet of niet effectief handelen is de instelling in verzuim en duurt een probleemsituatie nodeloos voort en/of ontstaan extra problemen. Ernstige nalatigheid betreft dus een verzuim dat is toe te rekenen aan het bestuur of de raad van toezicht." Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 15, p. 9.

In 2008 deed de Staat een succesvol beroep op artikel 2:298 BW bij de Stichting Islamitische School Helmond.²⁰¹ Een verschil tussen de aanwijzingsbevoegdheid en deze privaatrechtelijke route is dat de aanwijzing niet vooraf wordt getoetst door de rechter. Bij wanbeleid als bedoeld in artikel 2:298 BW is daarvan wel sprake en wordt het aan de civiele rechter overgelaten te beslissen of sprake is van wanbeleid en of ingrijpen noodzakelijk is. Het slechts achteraf kunnen toetsen van een maatregel verlaagt de drempel voor het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid. Een amendement inhoudende voorafgaande rechterlijke toetsing werd echter ingetrokken.²⁰² Het kabinet was om redenen van vermeende stelselverantwoordelijkheid en gewenste effectiviteit niet zo happig op rechterlijke controle.²⁰³ Het in 2009 wel aangenomen amendement dat voorafgaand sprake moet zijn van een onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs beoogde toch enige toetsing vooraf in te bouwen. Dit verplichte onderzoek beperkt echter de bruikbaarheid met als gevolg dat in elk geval bij stichtingen in spoedeisende situaties mogelijkserwijs alsnog een beroep wordt gedaan op artikel 2:298 BW of dat met de aanwijzingsbevoegdheid vooral wordt ‘gedreigd’.

Tot wie richt de aanwijzingsbevoegdheid zich?

In het primair en voortgezet onderwijs is de onderwijsorganisatie als bevoegd gezag de geadresseerde van de aanwijzing terwijl dat in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs de raad van toezicht is. In combinatie met het huidige begrippenkader leidt dit tot onduidelijkheid over de vraag tot wie de overheid zich nu kan richten bij het geven van een aanwijzing.²⁰⁴ Bezien vanuit het in hoofdstuk 3 beschreven juridische grondschematische bevreemdt het verschil tussen de verschillende onderwijssectoren. Aangezien de overheid als subsidiegever een rechtsrelatie heeft met de onderwijsorganisatie (en het niet opvolgen van een aanwijzing tot een bekostigingssanctie kan leiden), ligt het voor de hand om voor alle onderwijssectoren vast te leggen dat de minister van OCW zich bij het geven van een aanwijzing slechts kan richten tot de onderwijsorganisatie. Huisman en Overes bevestigden dit in 2014.²⁰⁵

Op het moment dat de aanwijzing wordt gegeven aan de onderwijsorganisatie, is het aan die onderwijsorganisatie om te bepalen om al dan niet aan de in de aanwijzing benoemde maatregel gevolg te geven. Hoewel de minister van OCW bij het niet opvolgen van de

201 Rb. Den Bosch 30 januari 2008, *JOR* 2008/69 m.nt. mr. E. Schmieman (Staat/Islamitische School Helmond)

202 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 14 (amendement-Van Dijk; later vervangen door nr. 29). Het kabinet was over dit amendement opvallend kritisch en vond dat rechterlijke beoordeling vooraf niet zou passen bij de stelselverantwoordelijkheid en de gewenste effectiviteit van de handhaving. Zie *Handelingen II* 2008/09, 9 september 2009, 108, p. 8667-8668.

203 *Handelingen II* 2008/09, 9 september 2009, 108, p. 8645.

204 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33472, nr. 29 (motie-Bisschop) en *Kamerstukken II* 2013/14, 33824, nr. 1 en 2.

205 Huisman & Overes 2014, p. 33-34.

aanwijzing kan besluiten tot inhouding of opschorting van de bekostiging, geldt ook nu dat de bestuurders van de onderwijsorganisatie om redenen van behoorlijke taakvervulling het belang van opvolging van de aanwijzing zorgvuldig dienen af te wegen tegen het belang van de onderwijsorganisatie.

In het kader van deze – door het algemeen rechtspersonenrecht – van bestuurders verlangde belangenafweging wreekt het zich dat noch de rechtsverhouding tussen de overheid en individuele bestuurders bij de aanwijzingsbevoegdheid noch de individuele rechtsbescherming van de bestuurder verder is uitgewerkt. Dit is een omissie, nu bij de aanwijzingsbevoegdheid de oordeelsvorming zich juist richt op het functioneren van individuele bestuurders en die beoordeling betekenis heeft voor het draagvlak en het vertrouwen in de bestuurder; en daarmee voor zijn positie als bestuurder. Hierdoor is bijvoorbeeld onzeker of ook een beginsel tot het horen van (voormalig) bestuurders in hun positie als belanghebbende aan de orde is. Deze omissie is aanleiding om te pleiten voor extra aandacht voor de rechtszekerheid en rechtsbescherming van bestuurders bij onderzoeken naar bestuurlijk wanbeheer en aanwijzingen. Ook in andere maatschappelijke sectoren treffen we die pleidooien aan.²⁰⁶ Naar aanleiding van een aanwijzing van AFM in het kader van de betrouwbaarheidstoets merkte Somsen op: “Het is vooral de onderlinge onevenwichtigheid tussen de relatieve eenvoud waarmee de AFM het toepassingsbereik kan uitbreiden, het gewicht van de daaruit voortvloeiende gevolgen en de marginaliteit van toetsing die tot bezwaren (...) aanleiding geven.”²⁰⁷ Deze bezwaren gelden in mijn opinie ook voor de aanwijzingsbevoegdheid in het onderwijs en nog sterker voor de eventuele aanwijzing tot vervanging of ontslag van een bestuurder. In elk geval zou bij de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid ook het persoonlijk belang van de bestuurder als direct betrokkene en belanghebbende mee moeten wegen.²⁰⁸

F. Het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid in de praktijk

Hoe vaak de aanwijzingsbevoegdheid precies wordt ingezet is moeilijk te achterhalen. Het ontbreekt de overheid aan de verplichting om in specifieke gevallen tot actieve openbaarmaking over te gaan en ook het jaarverslag van de minister van OCW of andere algemene informatieverplichtingen geven geen inzicht in de omvang van het (informele) gebruik.²⁰⁹ Voor een goed inzicht in het gebruik van de bevoegdheid, en daarmee nut, noodzaak en

206 CBb 12 september 2006, *JOR* 2007/14 m.nt. Doorenbos en Somsen.

207 CBb 12 september 2006, *JOR* 2007/14 m.nt. Doorenbos en Somsen.

208 ABRvS 22 juni 2005, *JB* 2005/248.

209 Overigens staat de onderwijswetgeving hierin niet alleen. Ook DNB is niet verplicht tot openbaarmaking van de aanwijzingsbevoegdheid. Sterker nog, sinds de invoering van de aanwijzingsbevoegdheid in 1976 zijn er in de jurisprudentie slechts drie situaties bekend waarin DNB, diens rechtsvoorgangers of de AFM zijn overgegaan tot een aanwijzing gericht op het vertrek van een bestuurder of toezichthouder, te weten pensioenfondsen PME, vermogensbeheerder VPV en meest recentelijk verzekeraar Delta Lloyd.

rechtskarakter, is meer actieve transparantie wenselijk over in elk geval het aantal gevallen waarin van de bevoegdheden formeel gebruikgemaakt wordt. Gepleit kan in dat kader worden voor het overnemen van de openbaarmakingsregeling in artikel 12 Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet ACM), welke regeling ook diverse waarborgen omvat.²¹⁰

Openbare bronnen bevestigen echter wel dat de aanwijzingsbevoegdheid in de periode 2013 tot 2016 een aantal keer is ingezet; zowel formeel als informeel. Op 1 januari 2016 waren er minimaal zes gevallen publiekelijk bekend.²¹¹ Het betreft de tweevoudige aanwijzing bij de Stichting voor Evangelische Scholen,²¹² de tweevoudige dreiging met een aanwijzing bij ROC Leiden,²¹³ de aangekondigde aanwijzing bij Scholengemeenschap Bonaire²¹⁴ en de dreiging met een aanwijzing bij het Aloysius College.²¹⁵ De indruk is dat in 2013 ook bij Ibn Ghaldoun de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid is overwogen en in een bestuursgesprek ter sprake is gebracht, maar bij deze school werd uiteindelijk gekozen voor het toezenden van een voorgenomen besluit tot beëindiging van de bekostiging.²¹⁶ Ook bij Prokind lijkt in 2014 de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid te zijn besproken.²¹⁷

Opvallend aan de door mij aangetroffen gevallen is dat in geen van de voorafgaande onderzoeksrapporten de Inspectie van het Onderwijs de onderzoeksvraag heeft gesteld of

210 Vgl. Barkhuysen & Claessens 2014, p. 85. Zij wijzen daarbij op de weigeringsgronden van artikel 10 Wob, de inachtneming van een termijn van tien werkdagen na bekendmaking sanctie en uitstel van de openbaarmaking bij voorlopige voorziening.

211 Een bijzonder zevende geval is te vinden bij ROC Amsterdam en ROC Flevoland. Leden van de Tweede Kamer hadden gevraagd om over te gaan tot het inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid teneinde de samenwerking tussen beide zelfstandige onderwijsorganisaties te beëindigen. Dit verzoek werd door de minister van OCW afgewezen. *Kamervragen II* 2014/15, Aanhangsel 1265.

212 *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 205 en *Kamerstukken II* 2014/15, 31293, nr. 227.

213 *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 78, p. 15. Zie ook Inspectie van het Onderwijs 2015d, p. 22-23.

214 *Kamerstukken II* 2014/15, 31568, nr. 154. Zie Inspectie van het Onderwijs, *Specifiek onderzoek naar het bestuurlijk handelen op de Scholengemeenschap Bonaire*, Bonaire, 30 januari 2015 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31568, nr. 154).

215 *Kamerstukken II* 2014/15, 31289, nr. 252, p. 3. Zie ook Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van Bevindingen Onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College OIPU*, Utrecht, 15 juli 2015.

216 *Kamerstukken II* 2013/14, 31289, nr. 169 en *Kamerstukken II* 2013/14, 31289, nr. 182. Zie ook Van Twist 2013.

217 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen Stichting Prokind Scholengroep*, Utrecht, 15 december 2014. In het onderzoeksrapport is uiteindelijk geconcludeerd dat “de voorwaarden voor bestuurlijk handelen (...) deels op orde” waren en dat het “bestuurlijk handelen ten aanzien van de onderwijskwaliteit” nog niet op orde was. Er lijkt uiteindelijk geen aanbeveling te zijn gegeven tot het inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid omdat er afspraken werden gemaakt tussen Prokind en de Inspectie van het Onderwijs. Die afspraken hielden in dat er een presentatie zou worden gegeven waarin werd aangetoond dat enkele maanden later wel een goed beeld zou bestaan van de kwaliteit en de resultaten van de scholen, dat er een tevredenheidsonderzoek onder personeel, ouders en leerlingen zou worden uitgevoerd en binnen een maand na definitieve vaststelling een ‘visienota’ aan de Inspectie van het Onderwijs zou worden toegestuurd.

sprake was van ‘wanbeheer van één of meer bestuurders’ en die conclusie ook niet werd getrokken. Dat is opvallend omdat uit de wettekst volgt dat zonder vaststelling van wanbeheer geen aanwijzing kan worden gegeven. De vraag is waarom het ontbreekt aan de onderzoeksvraag. Het antwoord lijkt te liggen in de werkwijze van de Inspectie van het Onderwijs die blijkens de diverse onderzoeksrapporten onderzoek deed “naar de kwaliteit van bestuurlijk handelen” om na te gaan of het bestuurlijk handelen van voldoende kwaliteit was om de kwaliteit en continuïteit van het onderwijs duurzaam te waarborgen en te verbeteren.²¹⁸ Deze onderzoeksvraag is veeleer een vertrouwensvraag: heeft de Inspectie van het Onderwijs voldoende vertrouwen in het bestuurlijk handelen?²¹⁹ Meerdere malen luidt de conclusie vervolgens dat het bestuur “niet *in control* is” op het punt van de onderwijskwaliteit en/of de financiën.²²⁰ Het stellen van die vertrouwensvraag is in het kader van de aanwijzingsbevoegdheid juridisch kwestieus. Immers, de minister van OCW dient bij de aanwijzingsbevoegdheid terughoudendheid te betrachten door eerst één of meer andere instrumenten te hebben beproefd.²²¹ Het ontbreken van vertrouwen is ook niet een van de in de wettelijke bepaling limitatief beschreven situaties van wanbeheer.

In de meeste van de aangetroffen gevallen is geen aanwijzing gegeven maar staat wel vast dat de mogelijkheid van een aanwijzing informeel is ‘aangekondigd’ of in een bestuursgesprek is besproken.²²² De minister van OCW lijkt meermaals (al dan niet in het openbaar)

218 Zie ter illustratie Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van Bevindingen Onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College*, Utrecht, 15 juli 2015, p. 5. Bij sVES was het doel van het onderzoek “na te gaan of het bestuurlijk handelen van sVES van voldoende kwaliteit is om de kwaliteit en de continuïteit van het onderwijs op de diverse scholen duurzaam te waarborgen en te verbeteren”. Bij Ibn Ghaldoun werd onder meer onderzoek gedaan naar “de kwaliteit van het bestuurlijk handelen”. De onderzoeksvraag bij SG Bonaire was of “het bestuurlijk handelen voldoende perspectief biedt op een succesvol verbetertraject op de scholengemeenschap, dat leidt tot basiskwaliteit in 2016”. In het geval van ROC Leiden was de vraag of het bestuur gegeven de huidige situatie eigenstandig in staat “[is, MN] om binnen een redelijke termijn de onderwijskwaliteit te verbeteren?”

219 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen Onderzoek bestuurlijk handelen Stichting voor Evangelische Scholen (SvES)*, 30 januari 2014, p. 20. Zie ook Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van Bevindingen Onderzoek bestuurlijk handelen Aloysius College*, Utrecht, 15 juli 2015, p. 16-17: “Bovenstaande in ogenschouw nemend heeft de inspectie er onvoldoende vertrouwen in dat het bestuur onder de ontstane omstandigheden haar verantwoordelijkheid kan waarmaken voor duurzaam kwalitatief goed onderwijs op zijn school.”

220 Vgl. Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van Bevindingen Specifiek onderzoek bij ROC Leiden*, Utrecht, 26 februari 2015, p. 10 en Inspectie van het Onderwijs, *Specifiek onderzoek naar het bestuurlijk handelen op de Scholengemeenschap Bonaire*, Bonaire, 30 januari 2015, p. 8 en 11.

221 *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 15, p. 9.

222 Zie onder andere *Kamerstukken II* 2014/15, 31289, nr. 252, p. 3 (Aloysius College): “Mocht het bestuur niet tijdig een realistisch, overtuigend en breed gedragen plan op tafel leggen, dan zie ik mij genoodzaakt mijn aanwijzingsbevoegdheid in te zetten.”; *Kamerstukken II* 2014/15, 31568, nr. 154, p. 2 en Inspectie van het Onderwijs, *Specifiek onderzoek naar het bestuurlijk handelen op de Scholengemeenschap Bonaire*, Bonaire, 30 januari 2015 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31568, nr. 154) alsmede *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 78, p. 15 (ROC Leiden): “Ik heb er bij ROC Leiden twee keer mee gedreigd, ook al in 2013. Dat zeg ik met name tegen de Kamerleden die de indruk wekken alsof ik in 2013 niets heb gedaan. Voordat ik

te dreigen met de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid zonder dat de Inspectie van het Onderwijs vooraf concludeert dat sprake is van wanbeheer. Het suggereert een trend die uitnodigt tot lichtzinnig gebruik. Dat tast de rechtspositie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders aan.²²³ Het is negatief voor het beeld en het vertrouwen in de bestuurder en creëert een omstandigheid waarin een grond voor rechtspersonenrechtelijk en arbeidsrechtelijk ontslag aannemelijk is,²²⁴ zeker als de aankondiging in het openbaar wordt geuit. Anders gezegd, het enkele bestaan van de aanwijzingsbevoegdheid lokt kennelijk uit tot informeel gebruik. Door het ontbreken van de verplichting om inzicht te geven in het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid, is bovendien onduidelijk in hoeverre ‘achter de coulissen’ nog meer gebruik wordt gemaakt van informele druk.²²⁵ Die informele druk kan immers reden zijn voor een eventueel beperkt gebruik van de bevoegdheid. De aanwijzingsbevoegdheid heeft dan echter al wel een (preventief) effect en schaduwwerking.

De casus waarvan bekend is dat daadwerkelijk een formele aanwijzing werd gegeven is die van de Stichting voor Evangelische Scholen. In de zomer van 2014 gaf de minister van OCW deze onderwijsorganisatie onder meer een aanwijzing tot bestuursoverdracht van de betrokken scholen aan één of meer andere onderwijsorganisaties.²²⁶ In 2015 werd vervolgens een tweede aanwijzing gegeven. Bij nadere lezing valt op dat de minister van OCW met de aanwijzing tot overschrijving van de leerlingen en bestuursoverdracht van enkele scholen kiest voor een maatregel die materieel de ontneming van eigendom inhoudt. Deze maatregel is in het kader van de aanwijzingsbevoegd nimmer benoemd als mogelijkheid door regering en/of onderwijswetgever. Er kan bovendien worden betwijfeld of een dergelijke inbreuk wel voldoende gerechtvaardigd is in het licht van het in de wettelijke bepaling opgenomen evenredigheidsbeginsel en artikel 1 Eerste Protocol EVRM dat het ongestoord genot op eigendom beschermt.

die aanwijzingsbevoegdheid kan gebruiken, moet ik echter eerst een bepaald traject afleggen waarbij de inspectie als eerste aan zet is.”

223 Al zou men overeenkomstig artikel 6:10 Awb kunnen overwegen prematuur bezwaar te maken of een voorlopige voorziening in te dienen. Vgl. CRvB 29 mei 1997, AB 1997, 340 en Pres. Rb. Rotterdam 14 september 1994, JB 1994, 256.

224 Zie hoofdstuk 8.

225 Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat in het zogeheten (informele) ‘bestuursgesprek’ door de minister van OCW en/of de Inspectie van het Onderwijs wordt gewezen op het inzetten van deze mogelijkheid. De mogelijkheid van dit ‘bestuursgesprek’ blijkt expliciet uit de Toezichtkaders. Zij volgt echter indirect ook uit het beginsel van hoor en wederhoor en de te betrachten zorgvuldigheidsnormen in het kader van het door de Inspectie van het Onderwijs voorafgaand te verrichten onderzoek. Uit de casus ROC Leiden blijkt dat dit bestuursgesprek volop benut wordt om een waarschuwing te geven. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 78, p. 15 en Inspectie van het Onderwijs 2015d, p. 22-23.

226 *Kamerstukken II* 2014/15, 31293, nr. 227 en *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 205, p. 2: “De aanwijzing zal er uit bestaan dat ik het bestuur de opdracht geef om ervoor te zorgen dat de leerlingen aan die scholen die volgens de inspectie zwak zijn, met ingang van 1 augustus 2014 onderwijs volgen op een school van een ander bestuur. Voor de andere scholen dient het bestuur zo snel mogelijk doch uiterlijk per 1 augustus 2015 het reeds genomen besluit tot overdracht uit te voeren.”

5.5.5 *Inhouding of opschorting bekostiging*

A. Wettelijke grondslag en karakter

De bekostigingssancties inhouding en opschorting zijn klassieke interventie-instrumenten en kwalificeren als bestuurlijke herstelsancties.²²⁷ Indien een onderwijsorganisatie van een school of instelling in strijd handelt met het bepaalde bij of krachtens de onderwijswetgeving, kan de minister van OCW bepalen dat de bekostiging, voorschotten daaronder begrepen, geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden dan wel opgeschort (artikel 164 Wpo, artikel 104 Wvo, artikel 11.1 Web en artikel 15.1 Whw). Onder opschorting wordt verstaan het tijdelijk niet betalen van bekostiging. Inhouding is het niet betalen van bekostiging, al dan niet door middel van terugvordering en verrekening.²²⁸ Voordat wordt ingehouden wordt in beginsel eerst opgeschort.²²⁹ Indien de reden voor de (gedeeltelijke) opschorting of inhouding vervalt doordat niet langer in strijd met de wet wordt gehandeld, dient de bekostiging wederom te worden toegekend en de opgeschorte bedragen alsnog betaald. Ingehouden bedragen worden niet nabetaald.²³⁰ De opschortings- en inhoudingsbevoegdheid worden om die reden ook wel aangeduid als “stok achter de deur”.²³¹ Ze verplichten de geadresseerde de wettelijke voorschriften na te leven.²³² Volgens minister Van Bijsterveldt beogen ze “een gedragsverandering bij het bestuur van de onderwijsinstelling te bewerkstelligen gericht op naleving van de wettelijke voorschriften”.²³³

Voor inhouding en opschorting van bekostiging is voor wat betreft het primair en voortgezet onderwijs vereist dat het bevoegd gezag (lees: de onderwijsorganisatie) in strijd handelt met het bepaalde bij of krachtens de Wpo of de Wvo. In het middelbaar beroeps-onderwijs en het hoger onderwijs moet het gaan om het college van bestuur dan wel om andere organen die in strijd handelen met het bepaalde bij of krachtens de Web respectievelijk de Whw. Blijkens de oorspronkelijke toelichting geldt dat de bevoegdheid kan worden ingezet “bij niet nakoming van de wettelijke voorschriften door de verantwoordelijke

227 Huisman 2014a, p. 56.

228 Vgl. artikel 1 sub h en sub i Beleidsregel opschorting en inhouding van bekostiging bij onderwijsinstellingen (PDR/DIR-2003/63692, Uitleg Gele Katern, nr. 1, p. 1623, 21 januari 2004; vervallen in 2008).

229 Stcrt. 2012, 12103, 19 juni 2012, p. 4 (Toelichting bij Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen).

230 Stcrt. 2012, 12103, 19 juni 2012, p. 4 (Toelichting bij Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen).

231 *Kamerstukken II* 2000/01, 27783, nr. 3, p. 20 (MvT Wet op het onderwijstoezicht en invoeging mogelijkheid tot opleggen van maatregel).

232 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3 p. 42.

233 Stcrt. 2012, 12103, 19 juni 2012, p. 4 (Toelichting bij Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen).

organen van de instelling”.²³⁴ Dat veronderstelt dat een overtreding vereist is voor het inzetten van deze herstelsanctie.

Zowel de strekking van de wettekst als de bijbehorende toelichtingen suggereren dat er in enigerlei mate sprake moet zijn van verzuim en/of verwijtbaarheid zijdens de bestuurder. Zo werd bijvoorbeeld overwogen dat de bevoegdheid slechts zal worden ingezet “in sprekkende gevallen van onwil”.²³⁵ Die terughoudendheid veronderstelt een feitencomplex op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de onderwijsorganisatie niet meewerkt aan het opheffen van de strijdigheid met de bekostigingsvoorwaarden. Kennelijk vormt een enkele niet-naleving onvoldoende basis voor een opschorting of inhouding. Een dergelijke lezing lijkt bevestigd te worden door de wetsgeschiedenis bij de Web. Hierin wordt de opschortings- en inhoudingsbevoegdheid omschreven als “een algemene sanctiebepaling die van betekenis kan zijn in situaties waarin de instelling in gebreke blijft om bepaalde wettelijke voorschriften na te leven”.²³⁶ De bewindspersoon sprak destijds bijvoorbeeld over de situatie dat het bevoegd gezag “talmt met de vaststelling van de jaarrekening zonder daartoe in de onmogelijkheid te verkeren”.²³⁷

De regels voor het gebruik van de opschortings- en inhoudingsbevoegdheid zijn nader uitgewerkt in de Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen.²³⁸ De beleidsregel hanteert voor de inzet van het instrument niet de voorwaarde dat het bevoegd gezag eerder in gebreke is gebleven maatregelen te treffen. Bij het niet naleven van wettelijke voorschriften schort de minister van OCW de bekostiging gedeeltelijk op (artikel 4 lid 1 Beleidsregel). Alleen als “strikte toepassing zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard” wordt een inhouding of opschorting achterwege gelaten of beperkt (artikel 8 Beleidsregel). Deze uitgewerkte regel wijkt af van voormelde wetsgeschiedenis en suggereert daarmee een ruimer toepassingsbereik dan door de onderwijswetgever oorspronkelijk voorzien. Dat in 2013 is aangegeven dat steeds van geval tot geval moet worden bekeken welke sancties redelijkerwijs in aanmerking komen en dat de financiële continuïteit van de instelling een rol kan spelen, beperkt het toepassingsbereik materieel niet.²³⁹

234 *Kamerstukken II* 1980/81, 16803, nr. 3-4 en *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 153.

235 *Kamerstukken II* 1976/77, 14428, nr. 3, p. 64.

236 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 144.

237 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 144.

238 Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen: Stcrt. 2012, 12103, 19 juni 2012 en Stcrt. 2013, 19992, 17 juli 2013. Zie eerder: Cfi/FJZ-2001/49986, Uitleg Gele Katern, nr. 18, p. 10-14, 27 juni 2001 en PDR/DIR-2003/63692, Uitleg Gele Katern, nr. 1, p. 1623, 21 januari 2004.

239 Stcrt. 2013, 19992, 17 juli 2013, p. 2.

B. Inhoudings- en opschortingsbevoegdheid: gebruik in de praktijk

Voor het oordeel dat sprake is van handelen in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet is op grond van de wettelijke formulering van de bevoegdheid geen voorafgaand onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs nodig. Desondanks geeft een voorafgaand onderzoek wel invulling aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Voorbeelden van inhoudingen bij As Siddieq en De Nieuwe School bevestigen dit beeld.²⁴⁰ In beide gevallen werd het besluit tot inhouding voorafgegaan door een onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs.

De inhoudingsbevoegdheid lijkt vrijwel altijd te worden ingezet in combinatie met een intrekking of wijziging van de bekostiging via de route van artikel 4:49 Awb. Huisman onderschreef die indruk in 2013.²⁴¹ Deze samenloop leidt soms tot discussies over de verhouding tussen de inhoudingsbevoegdheid in de onderwijswetgeving en het beroep door de overheid op de Awb. In het primair en het voortgezet onderwijs speelde deze vraag bij Stichting IS Helmond,²⁴² El Amal te Amsterdam²⁴³ en IS De Eenheid te Rotterdam.²⁴⁴ In laatstbedoelde casus werd door de Afdeling Bestuursrechtspraak expliciet overwogen dat een beroep op artikel 4:49 Awb mogelijk was, hoewel in het oorspronkelijke sanctiebesluit alleen artikel 104 Wvo als wettelijke grondslag was vermeld. De Afdeling Bestuursrechtspraak verwees in haar uitspraak bij El Amal expliciet naar uitspraken uit 2008 inzake de HAN en Van Hall Larenstein over de verhouding tussen artikel 15.1 Whw en de Awb, welke beide de minister van OCW de ruimte boden om bij een terugvordering wegens het niet naleven van de wet te kiezen voor de route van artikel 4:49 Awb.²⁴⁵ Ook de Rechtbank Den Bosch oordeelde in een geschil tussen Helicon en OCW over de verhouding tussen artikel 11.1 Web en artikel 4:49 Awb dat een beroep op alleen de Awb mogelijk was.²⁴⁶

240 Brief staatssecretaris OCW aan Stichting Islamitische Scholen Amsterdam, 28 augustus 2009 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek bij IBS As-Siddieq*, 17 juni 2009, p. 16-17 en ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddieq); Ministerie van OCW, nieuwsbericht 3 september 2009, te raadplegen via <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2009/09/03/bekostigingssanctie-de-nieuwe-school-in-culemborg.html>.

241 P.W.A. Huisman, 'Interventie-instrumenten bij falend onderwijsbestuur', *School en Wet 2013*, nr. 6, p. 5-12, i.h.b. p. 9.

242 ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3186 (Salah El Auyyoubi te Helmond; terugvordering bekostiging).

243 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2827, BA 2014/179, JG 2014/62 m.nt. M. Claessens en T. Barkhuysen (Terugvordering bekostiging gemeente en bestuurlijke lus; Stichting El Amal).

244 ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5487 (Stichting voor Interconfessioneel en Algemeen Bijzonder voortgezet onderwijs; Terugvordering en Awb).

245 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731 (OCW/Van Hall Instituut; Terugvordering bekostiging Awb en artikel 15.1 Whw), r.o. 2.4.1 met verwijzingen naar *Kamerstukken II 1994/95*, 23983, nr. 3, p. 37, *Kamerstukken II 1994/95*, 23700, nr. 5, p. 16 en *Kamerstukken II 1999/2000*, 27265, nr. 3, p. 2 en 3. Zie over deze uitspraak ook Laemers 2012, p. 23-24.

246 Rb. Den Bosch 27 oktober 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BG3974 (Helicon). Zie ook hoger beroep ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097 (OCW/Helicon) en de vergelijkbare discussie vier jaar later

Net als de inhoudingsbevoegdheid wordt ook de opschortingsbevoegdheid op het oog weinig benut. In de jurisprudentie is een beperkt aantal uitspraken te vinden waarin de opschortingsbevoegdheid een rol speelde, waarvan drie uit 2015.²⁴⁷ In de zaken bij Isaac Beeckman en het Tjalling Koopmans College was de vraag of voldaan werd aan de verplichting om deel te nemen aan het samenwerkingsverband passend onderwijs. De Afdeling overwoog dat de aansluiting bij het door deze twee scholen opgerichte landelijke samenwerkingsverband leidde tot een niet-naleving van de wet en dat dit leidde tot strijd met de op hen “rustende zorgplicht om alle kinderen die zich bij haar school aanmelden een passende onderwijsplek te bieden”.²⁴⁸ Vervolgens overwoog de Afdeling dat het belang van leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben doorslaggevend was ten opzichte van het belang van beide onderwijsorganisaties bij het niet opleggen van een bekostigings sanctie.²⁴⁹ Deze in mijn ogen wel heel summiere belangenafweging was voor de Afdeling reeds voldoende grond voor het oordeel dat de opschorting niet onevenredig was en de besluiten voldoende gemotiveerd waren. De Afdeling toetste niet of sprake was van onwil, talmen of herhaaldelijke niet-naleving van de wet. De enkele niet-naleving van voormelde zorgplicht was voor de Afdeling voldoende grond voor het opleggen van de opschorting.

Een uitspraak van de Afdeling in 2011 over As Siddieq geeft aan dat een onderwijsorganisatie zich niet zomaar neer hoeft te leggen bij een sanctie tot opschorting van de bekostiging.²⁵⁰ De Afdeling overwoog in deze zaak dat de opschortingsbevoegdheid niet kon worden ingezet als wel in strijd met bestuurlijke afspraken wordt gehandeld, maar nog

bij Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV2370 (CIBAP/OCW). De rechtbank overwoog daarbij dat het inmiddels vaste jurisprudentie van de Afdeling was dat de artikelen 4:49 en 4:57 van de Awb in beginsel de grondslag kunnen vormen voor wijziging en terugvordering van een op grond van bijzondere onderwijswetgeving toegekende rijksbijdrage en de rechtbank verwees daarvoor naar eerdere uitspraken van de Afdeling: ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496 (ROC West-Brabant), ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3216 (Hogeschool Rotterdam), ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8404 (Hogeschool Zuyd) en ABRvS 21 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2138 (ROC Eindhoven).

247 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3504 (Isaac Beeckman); ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3505 (Tjalling Koopmans College); ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddieq); ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, *JB* 2008/184, (OCW/Van Hall Larenstein; terugvordering bekostiging en opschorting bekostiging 15.1 Whw) en ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:534, *AB* 2015/217 m.nt. W. den Ouden (OCW/Hogeschool Rotterdam; artikel 15.1 Whw).

248 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3504 (Isaac Beeckman), r.o. 8 en ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3505 (Tjalling Koopmans College), r.o. 8.

249 ECLI:NL:RVS:2015:3505 (Tjalling Koopmans College), r.o. 9.

250 ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddieq), r.o. 2.9.4. De bewuste uitspraak zag onder meer op de inhoud van het burgerschapsonderwijs op de As Siddieqschool waarover door het bevoegd gezag met de Inspectie van het Onderwijs prestatieafspraken waren gemaakt.

niet vaststaat dat ook in strijd met de wet wordt gehandeld. Het betoog dat eerst een lichtere sanctie had moeten worden ingezet werd wel afgewezen.²⁵¹

Bij Van Hall Larenstein en bij de Hogeschool Rotterdam stelde de Afdeling Bestuursrecht spraak vast dat slechts tot een opschorting mocht worden overgegaan bij voortdurende overtredingen.²⁵² Dit volgt het uitgangspunt dat als geen herstel mogelijk is (bijvoorbeeld omdat de overtreding al heeft plaatsgevonden), logischerwijs ook geen opschorting kan plaatsvinden. De beide uitspraken verleidden Den Ouden c.s. tot de opmerking dat het instrument van de opschorting beter kan worden geschrapt omdat zij niet alleen verwarrend is maar ook overbodig gelet op artikel 4:56 Awb.²⁵³ De opmerking dat de opschortingsbevoegdheid verwarrend is, ondersteun ik. Dat geldt minder voor hun verwijzing naar artikel 4:56 Awb. Overgaan tot opschorting van de bekostiging 'bij ernstige vermoedens' is mijns inziens in zijn algemeenheid strijdig met het uitgangspunt dat eerst sprake moet zijn van een niet-naleving van de bekostigingsvoorwaarden. Het zou betekenen dat ook bij ernstige vermoedens omtrent het voortdurend niet naleven van wettelijke voorschriften die geen kernvoorschrift zijn de bekostiging kan worden opgeschort. Dat tast de gelijkwaardigheid van de onderlinge verhoudingen aan. In elk geval zou een beroep op artikel 4:56 Awb zich moeten beperken tot hoofdverplichtingen.

5.5.6 *Correctie, intrekking en/of wijziging van de bekostiging*

A. Wettelijke grondslag en juridisch karakter

De bevoegdheden tot correctie, verrekening, intrekking en/of wijziging van de bekostiging zijn alle financiële interventie-instrumenten. De bevoegdheid om over te gaan tot een correctie en verrekening van de bekostiging vindt zijn grondslag in artikel 34a Besluit bekostiging Wpo, artikel 21 Bekostigingsbesluit Wvo, artikel 2.5.9 Web en artikel 2.9 Whw. Het algemeen bestuursrecht biedt daarnaast de ruimte voor het intrekken of wijzigen van verleende of vastgestelde bekostiging (artikel 4:48/49 Awb) en het terugvorderen van het-

251 ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddieq), r.o. 2.9.4.

252 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, JB 2008/184 (OCW/Van Hall Larenstein; terugvordering bekostiging en opschorting bekostiging 15.1 Whw), r.o. 2.4.2 en ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:534, AB 2015/217 m.nt. W. den Ouden (OCW/Hogeschool Rotterdam; artikel 15.1 Whw), r.o. 5.2.

253 De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014, p. 59-61 en de noot van Den Ouden bij ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:534, AB 2015/217 m.nt. W. den Ouden (OCW/Hogeschool Rotterdam; artikel 15.1 Whw). Artikel 4:56 Awb biedt de minister van OCW reeds de algemene bevoegdheid om de verplichting tot betaling van (vastgestelde) bekostiging of voorschotten op te schorten op het moment dat hij de onderwijsorganisati/subsidieontvanger schriftelijk kennis geeft van het ernstige vermoeden dat er grond bestaat om toepassing te geven aan artikel 4:48 Awb (wijziging of intrekking subsidieverlening) of artikel 4:49 Awb (wijziging subsidievaststelling).

geen onverschuldigd is betaald (artikel 4:57 Awb). De Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen regelt deze bestuursbevoegdheid verder.

Gelet op het gegeven dat onderwijsorganisaties elk jaar en soms zelfs maandelijks bekostiging ontvangen, is vrijwel altijd sprake van financiële verrekeningen, al dan niet in de vorm van een terugvordering, van bedragen waarop in eerste instantie aanspraak bestond. Correcties, verrekeningen, intrekkingen en wijzigingen worden in het onderwijsrechtelijk spraakgebruik ook wel aangeduid met de term ‘terugvordering’ of ‘terugvorderingssanctie’.²⁵⁴ De sancties kwalificeren als een bestuurlijke herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb. Het herstel ziet op het ‘terugbetalen’ aan de Staat van hetgeen ten onrechte is verkregen of besteed.

In 2013 is onderzoek gedaan naar de verhouding tussen de Awb en de onderwijswetgeving.²⁵⁵ In het kader van dat onderzoek is expliciet aandacht besteed aan het naast elkaar bestaan van verschillende routes voor terugvordering en het pleidooi van de onderzoekers De Boer, Michiels, Den Ouden, en Zoontjens is – samengevat – dat de onderwijswetgeving meer Awb-conform moet worden ingericht. Deze paragraaf bevat geen pleidooi voor meer of minder Awb-conforme onderwijswetgeving. De focus ligt vooral op het gebruik van de verschillende bevoegdheden. Dit doe ik op basis van jurisprudentieonderzoek en onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs inzake vooral de financiële rechtmatigheid.

B. Correctie bekostiging met de onderwijswetgeving als wettelijke grondslag

Primair en voortgezet onderwijs

Op basis van de onderwijswet- en regelgeving in het primair en voortgezet onderwijs kan de minister van OCW zogeheten ‘correcties’ aanbrengen als – uit voorafgaand onderzoek door de Inspectie van het Onderwijs of de minister van OCW – blijkt dat de bekostiging voor een school onjuist is vastgesteld. In het kader van het voorafgaand onderzoek wordt gekeken naar:

- i. de juistheid van de gegevens noodzakelijk voor de vaststelling van de bekostiging;
- ii. de rechtmatigheid van de bestedingen;
- iii. de doelmatigheid van het beheer van de school.

²⁵⁴ Ik besef dat uit de techniek van de Awb volgt dat een terugvordering (artikel 4:57 Awb) volgt op het besluit tot intrekking of wijziging van de subsidieverlening of subsidievaststelling (artikel 4:48/49 Awb). De eerste beschouw ik als de terugvordering in enge zin. Het geheel kan vervolgens worden aangeduid als de terugvordering in ruime zin.

²⁵⁵ De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014a, De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014b en Zoontjens, De Boer, Michiels, Den Ouden & Zoontjens 2014.

De grondslag van deze correctiebevoegdheid is te vinden in de artikelen 34a Besluit bekostiging Wpo en 21 Bekostigingsbesluit Wvo. Deze besluiten verwijzen op hun beurt naar de artikelen 171 Wpo en 103 Wvo inzake de jaarverslaggeving. Als uit het bestuursverslag of onderzoek blijkt dat de bekostiging onrechtmatig is besteed of ondoelmatig is aangewend, kan de minister van OCW bepalen dat (a) het desbetreffende gedeelte van de bekostiging niet ten laste komt van het Rijk of (b) dat de daarmee gemoeide bedragen in mindering worden gebracht op de bekostiging. Dit geeft de minister van OCW de mogelijkheid tot verrekening. De invoering van de correctiebevoegdheid ging gelijk op met de invoering van de lumpsum-bekostiging.²⁵⁶

Bijzondere aandacht verdient het element ‘doelmatigheid van het beheer’. Als voorbeeld is slechts genoemd het aanwenden van de rijksvergoeding voor contractactiviteiten.²⁵⁷ Eerder is in het kader van de lumpsum-systematiek overwogen “dat omwille van deze bestedingsvrijheid terughoudendheid is gepast bij de beoordeling of sprake is van een ondoelmatige aanwending”.²⁵⁸ Er zijn weinig zaken bekend waarin alleen een beroep op de doelmatigheid is gedaan. In veel gevallen zal immers tevens sprake van onrechtmatige bestedingen.²⁵⁹ Daarnaast heeft de regering in 2014 de ruimte voor benutting van enkel de norm ondoelmatig beperkt met de opmerking dat het moet gaan om “evidente gevallen van ondoelmatige besteding”.²⁶⁰ Als een besteding niet evident ondoelmatig is, dan is eigenlijk geen plaats voor een bekostigingssanctie op alleen deze grond. In elk geval dient daarbij terughoudendheid te worden betracht. Zie ook par. 4.4.3.B.

N.B. Overigens zijn er in elk geval twee gevallen openbaar waarin geen sprake was van een onrechtmatige besteding maar waarin om redenen van alleen ondoelmatigheid toch tot terugvordering werd overgegaan.²⁶¹ Het betrof hier de bezoldiging van een tweetal bestuurders in het primair en voortgezet onderwijs die in 2011 boven de aangekondigde en met ingang van 2013 geldende WNT-norm lag. Het meerdere werd om redenen van

256 Hernieuwde vaststelling Bekostigingsbesluit W.V.O. (Stb. 1998, 117) en Wijzigingsbesluit invoering lumpsumbekostiging in het primair onderwijs (Stb. 2005, 533).

257 Stb. 1998, 117, p. 25 (Hernieuwde vaststelling Bekostigingsbesluit W.V.O.).

258 Zie ook Stb. 2013, 338, p. 16.

259 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 6 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:BY7117 (Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Roermond/OCW) en Rb. Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2168 (Terugvordering bekostiging Ibn Ghaladoun).

260 Besluit van 30 augustus 2013 tot wijziging van diverse algemene maatregelen van bestuur op het terrein van het primair, voortgezet en hoger onderwijs en de educatie in verband met de correctie van verwijzingen, alsmede de harmonisatie van bepalingen en enkele andere technische aanpassingen (Stb. 2013, 338), p. 16-17.

261 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport toekenning bezoldiging in 2011 door bestuur Lauwers & Eems (13683) te Warffum*, Utrecht, 8 mei 2014 en Inspectie van het Onderwijs, *Rapport toekenning beloning in 2011 door bestuur Scope (40530) te Alphen aan den Rijn*, Utrecht, 28 maart 2014.

ondoelmatigheid gecorrigeerd en in de onderliggende onderzoeksrapporten werd expliciet verwezen naar de artikelen 34a Besluit bekostiging Wpo en artikel 21 Bekostigingsbesluit Wvo. Zie over de WNT verder Hoofdstuk 8.

De wijzigingen in 2014 moesten verduidelijken dat de terminologie ‘bekostiging’ ziet op alle vormen van bekostiging op grond van de Wpo en de Wvo (lees: reguliere, bijzondere, aanvullende en/of prestatiebekostiging). Ook verviel de verjaringstermijn van één jaar met als motivatie dat bij artikel 4:49 Awb een verjaringstermijn van vijf jaar geldt.²⁶² Aan de mogelijke nadelen van deze termijnverlenging werd geen aandacht besteed. Zo verkeren onderwijsorganisaties langer in onzekerheid over mogelijke correcties, maakt het kwetsbaarder voor interpretaties *ex nunc* (zeker bij de vele open geformuleerde zorgplichten) en ontstaat er al snel een *multiplier-effect*.

Middelbaar beroepsonderwijs

In het middelbaar beroepsonderwijs kan de minister van OCW correcties aanbrengen als uit de jaarrekening, de verklaring van de accountant of uit voorafgaand onderzoek door de Inspectie van het Onderwijs of de minister van OCW blijkt dat:

- a. de rijksbijdrage op onjuiste gronden is vastgesteld;
- b. de besteding van de rijksbijdrage niet rechtmatig was;
- c. de aanwending van de rijksbijdrage niet doelmatig was.

De wettelijke grondslag van de correctiebevoegdheid is te vinden in artikel 2.5.9 Web en moet worden gelezen in samenhang met artikel 2.5.3 Web (jaarverslaggeving) en artikel 2.5.6 Web (onderzoek minister). Ook nu biedt de onderwijswetgeving de mogelijkheid tot verrekening (artikel 2.5.9 laatste volzin Web). De bewoordingen zijn voor een groot deel gelijk aan die in het primair en voortgezet onderwijs. Uit de memorie van toelichting bij de Web blijkt dat de correctiebevoegdheid werd gezien als het “sluitstuk van de bepalingen over verantwoording”.²⁶³ Opvallend is dat expliciet werd overwogen dat de toepassing van een correctie los moest worden gezien van de inhoudingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 11.1 Web (zie paragraaf 5.7.5), “die een ruimer toepassingsgebied heeft en eerder als aansporing om alsnog aan de wet te voldoen fungeert (dwangsom) dan als reparatie achteraf”.²⁶⁴ Dit suggereert een rangorde, maar onduidelijk is welke kant op.

De correctiebevoegdheid lijkt weinig te worden benut en als daarvan al sprake is meestal tezamen met de route van artikel 4:49 Awb. Net als in het primair en voortgezet onderwijs

²⁶² Stb. 2013, 338, p. 16-17.

²⁶³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 133.

²⁶⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 133.

zijn mij slechts correcties wegens ondoelmatigheid bekend die verband hielden met de al wel aangekondigde maar nog niet in werking getreden WNT.²⁶⁵

Hoger onderwijs

De voor het hoger onderwijs geldende correctiebevoegdheid vinden we terug in artikel 2.9 Whw. Het eerste lid geeft aan dat uit het jaarverslag dient te blijken “in hoeverre sprake is van een behoorlijke uitvoering van de werkzaamheden ten behoeve waarvan de rijksbijdrage is verleend en van een doelmatige aanwending van de rijksbijdrage”. De term correctie ontbreekt, maar lid 3 van hetzelfde wetsartikel biedt wel de bevoegdheid om een bedrag in mindering te brengen op de rijksbijdrage, indien:

- a. uitgaven zijn geschied in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet;
- b. werkzaamheden – ten behoeve waarvan de rijksbijdrage is verleend – niet behoorlijk zijn uitgevoerd; of,
- c. de rijksbijdrage ondoelmatig is aangewend.

De voor hogescholen en universiteiten geldende correctieregeling wijkt tekstueel en qua reikwijdte iets af van de bepalingen in de andere onderwijssectoren. Een extra is dat een mindering ook kan volgen als de werkzaamheden ‘niet behoorlijk’ zijn uitgevoerd. Wat daaronder moet worden verstaan is volstrekt onduidelijk. Ik meen dan ook met Louw dat deze grond beter kan vervallen.²⁶⁶ Bij de correctiebevoegdheid wegens ondoelmatige aanwending zijn in de wettekst voorts twee voorbeelden genoemd: het uitvoeren van de procedure voor erkenning van verworven competenties en het financieel compenseren van studenten door het verstrekken van beurzen. Beide voorbeelden zijn in 2004 ingevoegd naar aanleiding van de HBO-fraude.²⁶⁷ Een correctie om redenen van enkel en alleen ondoelmatige aanwending is in elk geval één keer benut en ook nu om reden van een bezoldiging die hoger was dan de al wel aangekondigde maar nog niet in werking getreden WNT.²⁶⁸

C. Intrekking en wijziging bekostiging met de Awb als wettelijke grondslag

Gelet op het subsidiekarakter van bekostiging kan de minister van OCW een subsidie verlagen (artikel 4:46 Awb) of intrekken en wijzigen (artikel 4:49 Awb). Verlaging kan plaatsvinden in de fase tussen de subsidieverlening en de subsidievaststelling. Intrekking of wijziging geschiedt na de definitieve subsidievaststelling. Artikel 4:57 lid 3 Awb biedt

265 Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport beloning bestuurder STC*, Utrecht, 11 juni 2013 en Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport beloning bestuurder ROCvA*, Utrecht, 19 juni 2013.

266 Louw, p. 153.

267 Korte Klap (Stb. 2004, 177). Zie ook *Kamerstukken II 2002/03*, 28817, nr. 3, p. 6 en *Kamerstukken II 2003/04*, 28817, nr. 6.

268 Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport beloning bestuurder Rijksuniversiteit Groningen*, Utrecht, 18 juni 2013.

alsdan de mogelijkheid tot verrekening met nog aan de onderwijsorganisatie te verstrekken subsidies.²⁶⁹

Voor een intrekking of wijziging van de subsidievaststelling is niet relevant of sprake is van enige opzet of verwijtbaarheid bij de onderwijsorganisatie of haar bestuurders. Wel geldt er een drietal limitatieve gronden. Intrekking of wijziging van de bekostiging is blijkens de artikelen 4:48/49 Awb mogelijk bij:

- a. nieuwe feiten of omstandigheden voor de minister van OCW;
- b. kennelijk onjuiste subsidievaststelling door de minister van OCW; of,
- c. niet-naleving van de subsidieverplichtingen door de onderwijsorganisatie.

Ad a) Nieuwe feiten of omstandigheden

De eerste toets is of er nieuwe feiten en/of omstandigheden zijn, daaronder begrepen feitelijk onjuiste gegevens, die hadden moeten leiden tot een lagere vaststelling. Bij nieuwe feiten en/of omstandigheden geldt dat hieronder ook het verstrekken door de onderwijsorganisatie van onjuiste gegevens kan worden begrepen.²⁷⁰ Ook verkeerd ingevoerde leerlingaantallen of onjuiste ‘vinkjes’ vallen hieronder.²⁷¹

De tweede toets is of de minister van OCW bij de subsidievaststelling niet wist of kon weten van de onjuiste feiten of omstandigheden. Onderwijsorganisaties en hun bestuurders stellen zich met regelmaat op het standpunt dat de overheid toch geweten had kunnen hebben van de specifieke feiten of omstandigheden. Verwijzingen naar (toegezonden of openbare) beleidsplannen, schoolplannen en -gidsen, reglementen, jaarverslagen en zelfs eerdere onderzoeken en bezoeken van de Inspectie van het Onderwijs of gesprekken met ambtenaren worden echter stelselmatig afgewezen.²⁷² Blijkens de jurisprudentie kan van

269 Intrekking en wijziging is gelet op artikel 4:49 lid 3 Awb niet meer mogelijk als vijf jaren zijn verstreken sinds de bekendmaking van de vaststellingsbeschikking dan wel sinds het tijdstip waarop de onderwijsorganisatie een verplichting niet is gaan naleven. Die termijn is langer dan de oorspronkelijk bij de correctiebevoegdheden in de onderwijswet- en regelgeving gehanteerde verjaringstermijn van één jaar. Sinds 2014 geldt echter ook voor de correctiebevoegdheid een verjaringstermijn van vijf jaar.

270 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 77-78.

271 Daaraan zit wel een grens. Als er geen sprake is van enige benadeling van de overheid en diezelfde overheid eigenlijk al op de hoogte was van de juiste gegevens, dan kan een verwijzing naar onjuiste administratie of informatie onbehoorlijk zijn en zelfs een schending inhouden van het eigendomsrecht (artikel 1 Eerste Protocol EVRM). Zie bijvoorbeeld EHRM 8 april 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD4192, AB 2008/224 (Megadat/Moldavië).

272 Zie onder andere ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173 (OCW/Aloysius; bekostiging De Korenaer) en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3447 (Arentheem College; uitleg bekostigingsregels en vertrouwen op informatie ambtenaar). Dit beeld wordt bevestigd bij lezing van de diverse zienswijzen op de definitieve onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs over financiële rechtmatigheid, zoals die op 1 januari 2015 nog te raadplegen waren via: www.onderwijsinspectie.nl/onderwerpen/Toezicht/Financieel+toezicht/Onderzoeken+financiele+rechtmatigheid+besturen. In het voorjaar van 2015 heeft de

de minister van OCW bij de vaststelling geen integrale controle van de juistheid van de door de accountant goedgekeurde gegevens worden verlangd.²⁷³ De vraag is of dit voldoende aansluit bij het algemeen belang van de taakverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties. Reeds die taakverdeling heeft als effect dat onderwijsorganisaties en overheid een duurzame rechtsverhouding hebben en er soms onduidelijkheden kunnen zijn over de uitleg van wettelijke voorschriften. Ook zijn onderwijsorganisaties voor hun financiering volstrekt afhankelijk van de overheid. Dat tezamen pleit er mijns inziens voor om in elk geval meer recht te doen aan het regelmatige overleg dat onderwijsorganisaties hebben met DUO en de Inspectie van het Onderwijs over de uitleg van wettelijke voorschriften.

Ad b) Kennelijk onjuiste subsidievaststelling

De kennelijk onjuiste subsidievaststelling vormt een tweede grond voor wijziging of intrekking van de bekostiging. Gedacht kan worden aan een rekenfout waardoor de bekostiging op een hoger bedrag is vastgesteld.²⁷⁴ De algemeen bestuursrechtelijke leer is dat de overheid niet al te snel een beroep op deze intrekkings- en wijzigingsgrond kan doen.²⁷⁵ Den Ouden merkte in 2010 op dat sprake was van een weinig ontwikkeld leerstuk.²⁷⁶ Zij wees daarbij ook op de wetsgeschiedenis waaruit volgens haar zou blijken dat de wetgever vooral het oog had op gemakkelijk herkenbare fouten in subsidiebesluiten, zoals de klassieke tikfout, en subsidievaststellingen die aanmerkelijk afwijken van hetgeen op basis van eerdere contacten tussen het bestuursorgaan en de ontvanger mocht worden verwacht.²⁷⁷

De genoemde voorbeelden schurken aan tegen het zogeheten ‘deskundigheids criterium’. Dit criterium brengt mee dat de verlangde wetenschap van de onjuistheid mede afhangt van de redelijkerwijs te verwachten professionele deskundigheid zijdens de ontvanger van de subsidie.²⁷⁸ Den Ouden lijkt daarbij te pleiten voor de regel dat naarmate het toe te passen wettelijk kader voor de subsidietoekenning complexer is, minder snel kan worden gesteld dat een ontvanger van een begunstigende beschikking de onjuistheid van een

Inspectie van het Onderwijs haar website aangepast als gevolg waarvan het aan een algemeen overzicht van onderzoeksrapporten leidende tot bekostigingssancties ontbreekt.

273 ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5959, AB 2013, 423 m.nt. M. Claessens (Al-Iman; gewijzigde vaststelling en terugvordering; o.m. ten onrechte bekostiging aantal medewerkers), r.o. 2.6.1.

274 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 78.

275 Borma, *T&C Algemene wet bestuursrecht*, aantekeningen bij art. 4:49 Awb en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 401.

276 Den Ouden 2010, p. 689.

277 Den Ouden 2010, p. 699 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 73.

278 Vgl. Van den Brink 2014, paragraaf 3.2 en paragraaf 5.3.2 Zie ook ABRvS 11 januari 2006, AB 2006/208 en ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010: BM8827, JB 2010/181.

daaruit voortvloeiend besluit moet kunnen inzien.²⁷⁹ Zij noemt dat “een bruikbaar uitgangspunt”.

Wat is de betekenis van de argumenten van deskundigheid en complexiteit voor het onderwijs? Met betrekking tot het deskundigheids criterium kan op zich worden opgemerkt dat zeker grotere onderwijsorganisaties geacht worden professioneel te handelen en dat van hen dus een redelijke mate van deskundigheid en professionaliteit mag worden verwacht. Dit wordt ook bevestigd in de casus Arentheem uit 2012 waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel werd afgewezen onder verwijzing naar de professionaliteit van de onderwijsorganisatie.²⁸⁰ Het complexiteitargument als onderdeel van het deskundigheids criterium biedt onderwijsorganisaties mijns inziens betere kansen om in verweer te komen tegen besluiten tot intrekking of wijziging. De bekostigingswet- en regelgeving is zeer complex, wijzigt met grote regelmaat, bevat diverse open nomen en leidt ook bij personen die zeer goed zijn ingevoerd met enige regelmaat tot vragen. Deze erkende complexiteit verlangt van de overheid een zeker begrip voor het handelen van onderwijsorganisaties en hun bestuurders.

Ad c) Niet-naleven subsidieverplichtingen

De intrekking- en wijzigingsbevoegdheid bij het ‘niet-naleven subsidieverplichtingen’ heeft in potentie de grootste betekenis voor onderwijsorganisaties. Immers, alle voorschriften in de onderwijswet- en regelgeving zijn bekostigingsvoorwaarden en daarmee dus subsidieverplichtingen. De c-grond heeft hierdoor al snel het karakter van vangnet. De vraag is gerechtvaardigd of in het onderwijs de c-grond eigenlijk niet vooral behoort te zien op nevenverplichtingen, zoals administratie- en informatieverplichtingen, het verzekeren van risico’s, het afleggen van verantwoording en het meewerken aan toezicht en controle. Deze vraag kwam in 2012 aan bod in de casus Al-Imam. De Afdeling oordeelde in dit geval dat als de c-grond alleen van toepassing zou zijn op het niet voldoen aan nevenverplichtingen, dat dit zou betekenen dat de bekostiging nimmer op basis van deze grond zou kunnen worden gewijzigd, nu deze wordt vastgesteld voordat de activiteiten hebben plaatsgevonden.²⁸¹ Het hoger beroep werd daarom afgewezen.

Mijns inziens doet de Afdeling met de algemeenheid van deze afwijzing onvoldoende recht aan het grondwettelijke karakter van de onderwijsbekostiging en de volledige financiële

279 Den Ouden 2010, p. 669-700 met een verwijzing naar CbB 9 mei 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AX1645, JB 2006, 203.

280 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3447 (Arentheem College). In deze uitspraak merkte de Afdeling Bestuursrechtspraak op dat voor een professioneel schoolbestuur duidelijk moet zijn wanneer een ambtenaar niet bevoegd is een toezegging te doen.

281 ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5959, AB 2013, 423 m.nt. M. Claessens (Al-Iman; gewijzigde vaststelling en terugvordering; o.m. ten onrechte bekostiging aantal medewerkers), r.o. 2.6.2.

afhankelijkheid van onderwijsorganisaties van de overheid. Mijn pleidooi zou zijn om de c-grond in het onderwijs enkel te laten zien op de niet-naleving van hoofdverplichtingen (de objectief vast te stellen wettelijke deugdelijkheidseisen) en de niet-naleving van die nevenverplichtingen die het mogelijk maken extern toezicht te houden op de naleving van die hoofdverplichtingen. Toepassing van de c-grond ligt minder voor de hand bij interpretatiegeschillen van zorgplichten, bij procesvoorschriften, verplichtingen die zien op de bestuurlijke inrichting of op samenwerkingsverplichtingen. Bij niet-naleving van dergelijke verplichtingen zijn lichtere vormen van interventie gericht op het op korte termijn wel voldoen aan de wet meer geëigend. De Beleidsregel financiële sancties bekostigde onderwijsinstelling lijkt die opening ook wel te bieden, maar zoals beschreven in paragraaf 5.2.6 zeer beperkt.

D. Opmerkingen naar aanleiding van de inzet van bekostigingssancties in de praktijk

Het enkele gegeven dat er meerdere routes zijn om tot een terugvordering te komen, leidt blijkens de diverse verweren en zienswijzen van veel onderwijsorganisaties tot twijfel over de rechtmatigheid van die terugvordering. Die twijfel lijkt te worden gevoed door (1) de groei van het aantal terugvorderingen, (2) het gegeven dat deze groei direct voorafgegaan is door de inwerkingtreding van de Aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb in 2001,²⁸² (3) de toenemende focus op handhaving en (4) de omvang van de terugvorderingen. Terugvorderingen van enkele tonnen en soms zelfs meerdere miljoenen zijn sinds de HBO-fraude en de daaropvolgende jurisprudentie inmiddels geen uitzondering meer.²⁸³

De ten behoeve van dit onderzoek verrichte analyse naar de inzet van bekostigingssancties in de praktijk levert vier bespreekpunten op:²⁸⁴

1. bewustzijn overtreding;
2. evenredigheidstoets;
3. bewijslastverdeling;
4. samenloop interventie-instrumenten.

282 Aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb (Stb. 2001, 207).

283 Commissie Vervolgonderzoek Rekenschap 2004.

284 Deze analyse is in de eerste plaats verricht op basis van de beschikbare jurisprudentie over terugvorderingen tot 1 augustus 2015. Voorts heeft lezing plaatsgevonden van 41 onderzoeksrapporten met betrekking tot de financiële rechtmatigheid in de periode 2009-2014 van vooral de Inspectie van het Onderwijs. Hierbij is gebruikgemaakt van de definitieve onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs over financiële rechtmatigheid, zoals die op 1 januari 2015 nog te raadplegen waren via: www.onderwijsinspectie.nl/onderwerpen/Toezicht/Financieel+toezicht/Onderzoeken+financieel+rechtmatigheid+besturen. In het voorjaar van 2015 heeft de Inspectie van het Onderwijs haar website aangepast als gevolg waarvan het aan een algemeen overzicht van onderzoeksrapporten leidende tot terugvorderingen ontbreekt.

Ad 1) Bewustzijn niet-naleving

In de meeste situaties lijkt het erop dat onderwijsorganisaties zich vooraf niet bewust waren van de onjuistheden of niet-naleving van de wet en zich ook niet gerealiseerd hebben dat een niet-naleving van de bekostigingsvoorwaarden niet alleen kon leiden tot oordelen over de kwaliteit van het onderwijs of de professionaliteit van het bestuur en beheer, maar ook tot omvangrijke terugvorderingen. Aandachtspunt bij bekostigingssancties is dat de ernst van de niet-naleving slechts marginaal wordt getoetst. Door het door de Afdeling herhaaldelijk ingenomen standpunt dat een intrekking- of wijzigingsbesluit geen bestraffend maar een herstelkarakter heeft, wordt bij subsidies slechts getoetst of er inderdaad sprake is van een niet-naleving van de wet of de subsidieverplichtingen.²⁸⁵ Is dat het geval dan kunnen de minister van OCW en namens hem de Inspectie van het Onderwijs overgaan tot intrekking van de volledige bekostiging.

De vraag is of het wenselijk is dat het wel of niet bewust zijn van de niet-naleving in beginsel volledig buiten beschouwing wordt gelaten. Het past slecht bij het open karakter van veel zorgplichten. De Awb biedt bovendien de mogelijkheid om subsidies in te trekken en terug te vorderen over een periode van vijf jaar. Die vijfjaarstermijn heeft als effect dat als in enig jaar geconstateerd wordt dat sprake is van een niet-naleving, de kans groot is dat dat de vier jaar voorafgaand ook het geval was. Dat veroorzaakt ook bij onbewuste niet-nalevingen een *multiplier* effect. Dat heeft in potentie onnodig vergaande gevolgen.

Ad 2) Evenredigheidstoets

Het in artikel 3:4 lid 2 Awb uitgewerkte beginsel van evenredigheid en de daaruit volgende verplichting tot belangenafweging, mondt soms wel uit in beperkingen van de terugvorderingen. Op basis van de beschikbare jurisprudentie en de openbare financiële rechtmatigheidsonderzoeken kan de volgende – niet in de Beleidsregel financiële sancties bekostigde onderwijsinstellingen terug te vinden – onderverdeling worden gemaakt:

- a. terugvorderingen wegens slordigheden, onjuiste administraties en/of onregelmatigheden;
- b. terugvorderingen bij samenwerkingen die beogen een specifiek onderwijsaanbod aan te kunnen bieden of te beschermen;
- c. terugvorderingen die betrekking hebben op de naleving van de bekostigingsvoorwaarden die zien op de kwaliteit van het onderwijs of de professionaliteit van het beheer.

Bij slordigheden, onjuiste administraties en/of onregelmatigheden wordt doorgaans het volledige bedrag dat te veel is vastgesteld teruggevorderd. Tot deze eerste categorie

285 Zie o.a. ABRvS 8 februari 2000, AB 2001, 118 m.nt. Daamen en JB 2000/91 m.nt. Albers en ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, AB 2007/349 m.nt. Barkhuysen en Den Ouden (Amsterdam/Triplewood).

(a) behoren vrijwel alle terugvorderingen in het kader van de HBO-fraude,²⁸⁶ de terugvorderingen naar aanleiding van de onderzoeken over de besteding van bekostiging bij de islamitische en hindoescholen²⁸⁷ en een veertiental terugvorderingen verband houdende met dubbele BRIN-nummers en locaties in 2011 en 2012.²⁸⁸

²⁸⁶ Rb. Den Haag 20 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL9725 (O&O/Staat); EHRM 29 september 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL7115 (Zadkine vs. Nederland); Rb. Amsterdam 8 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH5053 (HvA/OCW); ABRvS 27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9268 (OCW/Hogeschool van Utrecht; 'Vlaamse carroussel'); ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, JB 2008, 184 (OCW/Van Hall Instituut); ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8404 (OCW/Hogeschool Zuyd); ABRvS 18 juli 2007, AB 2007, 349 m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden; ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3189 (OCW/Hogeschool NHTV); ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3216 (OCW/Hogeschool Rotterdam); ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496, (OCW/ROC West-Brabant); ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8495, (OCW/Zadkine); ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5487 (OCW/LMC) en ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5511, AB 2008, 65 m.nt. N. Verheij (OCW/CHN).

Zie over de jurisprudentie naar aanleiding van de HBO-fraude in meer algemene zin ook: Boorsma & Van Holsteijn 2008 en Claessens 2013.

²⁸⁷ ABRvS 15 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0139, AB 2013, 251 m.nt. Zoontjens (Algemene Hindoeschool Den Haag/OCW); ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9544, AB 2012, 378 m.nt. M. Claessens (Stichting Islamitisch Onderwijs IQRA/OCW); Rb. Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2168 (OCW/Ibn Ghalidoun) en ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3186 (Stichting Islamitische Scholen Helmond e.o./OCW) en Rb. Rotterdam 6 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:BY7117 (Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Roermond/OCW).

²⁸⁸ Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek. Gebruik van meerdere Brinnummers op dezelfde locatie van De Diamant in het Kristal (17FK) en De Diamant in het Rooster (30AR) te Apeldoorn*, Utrecht, juli 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Controle Groeitelling per 17 augustus 2009 bij bs De Vaart te Heerhugowaard (BRINNR. 12SY)*; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een Incidenteel Onderzoek naar het gebruik van meerdere Brinnummers op dezelfde locatie van De Drieluik (01XA) en Het Baken (23WK) te Amersfoort*, Utrecht, maart 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek Naar het gebruik van meerdere Brinnummers op dezelfde locatie van De Elieëzerschool te Zwolle (03BI EN 24DM)*, Utrecht, maart 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek naar de onderwijssituatie van de Gerritsmascholen te Drachten betreffende de Brinnummers 03PB EN 00RS*, Utrecht, December 2010; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek naar de onderwijssituatie van de Guyoyscholen te Haren (GN)*, Utrecht, februari 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek naar het gebruik van meerdere Brinnummers op dezelfde locatie van sbo De Kompasschool en sbo De Regenboog-school te Den Helder*, Utrecht, april 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport controle groeitelling per 24 augustus 2009 bij bs DR. H. Pierson te Rotterdam*, Utrecht, maart 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek naar het gebruik van meerdere Brinnummers op dezelfde locatie van sbo De Prinsenhof te Apeldoorn (01FJ)*, Utrecht, 27 januari 2011; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de samenwerking van de scholen van het Bernardinuscollege (02ZC, 19HV, 19QC) te Heerlen*, Utrecht, 21 december 2012; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek naar de onderwijssituaties in relatie tot de bekostiging van SG Mariëndael*, Utrecht, januari 2012; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een incidenteel onderzoek naar de administratieve samenvoeging van locatie Vlierenbroek van obs De Vlier met de Apolloschol*, Utrecht, februari 2010; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de samenwerking van de Trevianum Scholengroep (01MO, 04DS, 07BQ) te Sittard*, Utrecht, 21 december 2012; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de samenwerking van De Zuiderpoort en De Praktijkschool (04FR, 26MG) te Sneek*, Utrecht, 21 december 2012.

In twee uitspraken uit 2008 en 2009 vroeg de Afdeling aandacht voor de belangenafweging, de evenredigheid en de mogelijke strijdigheid met artikel 3:4 Awb.²⁸⁹ Bij het niet naleven van vormvoorschriften (zoals het ontbreken van een handtekening op het inschrijvingsformulier) terwijl vaststaat dat daadwerkelijk onderwijs is gegeven, kan een terugvordering van het volledige bedrag aan te veel betaalde bekostiging onder omstandigheden niet gerechtvaardigd zijn gelet op alle belangen.

De eisen die aan de administratie van onderwijsorganisaties worden gesteld zijn echter wel hoog. Een onderwijsorganisatie kan bijvoorbeeld geen beroep doen op de zogeheten toelaatbare foutmarge in het OCW-controleprotocol. Deze foutmarge is volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de terugvordering niet relevant.²⁹⁰ Slordigheden als gevolg van een verouderd softwareprogramma komen ook voor rekening en risico van de onderwijsorganisatie.²⁹¹ De kennelijke regel is dat de onderwijsorganisatie zelf verantwoordelijk is voor de juistheid van de aangeleverde gegevens en dat zij bij een constatering van onjuistheden tijdig zelf in actie moet komen.²⁹² Sterker nog, vooral uit uitspraken over de besteding van bekostiging bij islamitische scholen blijkt dat – ondanks de lumpsum systematiek – ook heel specifieke en soms zelfs zeer geringe kostenposten op hun rechtmatigheid en doelmatigheid worden beoordeeld.²⁹³

Bij onregelmatigheden bij samenwerkingen – voormelde categorie (b) – wordt er met enige regelmaat voor gekozen de omvang van de terugvordering te beperken tot het meerdere dat door de samenwerking is verkregen; het nadeel voor de overheid. We zien dit terug bij de zogeheten AMA-zaken,²⁹⁴ alsmede een tweetal uitspraken uit 2014²⁹⁵ en

289 ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 (OCW/HAN) en ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097 (OCW/Helicon).

290 ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5511, AB 2008, 65 m.nt. N. Verheij (OCW/CHN; HBO-fraude), r.o. 2.13.

291 ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5408, AB 2012, 93 m.nt. M. Claessens (Noorderpoortcollege/OCW).

292 ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4749, AB 2011, 275 m.nt. M. Claessens (Albeda College/OCW) en Rb. Rotterdam 19 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8811 (ROC Zadkine/OCW; foutieve invoer in BRON; er had schriftelijk bezwaar moeten worden gemaakt i.p.v. alleen telefonisch contact).

293 Zie onder meer Rb. Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2168 (OCW/Ibn Ghaldoun); Rb. 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2321 (Stichting Islamitische Scholen Helmond e.o./OCW) en Rb. Rotterdam 6 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:BY7117 (Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Roermond/OCW). Zie tevens Inspectie van het Onderwijs, *Rapport financiële aspecten Stichting Meerwerf Basisscholen te Den Helder*, Utrecht, juni 2013.

294 ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2513 (OCW/VO Zeeuws-Vlaanderen); ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2514 (OCW/NUOVO); ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2519 (Grotius College/OCW); ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2520 (VO Vlaardingen/OCW) en ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2523 (Openbaar Onderwijs Dordrecht/OCW).

295 Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2014, BRE 12/4503 WET (Biezonderwijs/OCW; niet gepubliceerd) en ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173 (OCW/Aloysius; bekostiging De Korenaer).

een vijftal terugvorderingen in de periode 2010-2013²⁹⁶ over samenwerking tussen het speciaal en het voortgezet onderwijs. Men zou kunnen stellen dat in deze situaties getoetst wordt of sprake is van bekostigingsmaximalisatie, waarna alleen het meerdere wordt teruggevorderd.

Het aantal terugvorderingen verband houdende met gebrekkige kwaliteit van het onderwijs of de professionaliteit van het beheer – categorie (c) – is beperkter. In die gevallen waarin werd teruggevorderd wegens de niet-naleving van de bekostigingsvoorwaarden inzake de kwaliteit van het onderwijs of de professionaliteit van het beheer, was vooral sprake van het niet naleven van objectieve voorwaarden zoals de urennorm of een opleiding die niet voldeed aan het Onderwijs- en Examen Reglement.²⁹⁷ Den Ouden merkte naar aanleiding van een uitspraak van de Afdeling op 10 oktober 2012 over terugvorderingen en de urennorm bij CIBAP op dat in vergelijking met andere soorten subsidies de Afdeling Bestuursrechtspraak wel extra aandacht besteedt aan de belangenafweging en de evenredigheid.²⁹⁸ In een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak een half jaar eerder werd echter overwogen dat die belangenafweging en evenredigheid nog niet meebrengt dat dit ook moet leiden tot een beperking van de terugvordering ‘naar rato’.²⁹⁹

Het bij bekostigingssancties te betrachten evenredigheidsbeginsel wordt deels bestreken door artikel 3 lid 3 van de Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen, dat verplicht tot matiging “indien strikte toepassing zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard”. De uitspraak uit 2013 van de Afdeling Bestuursrechtspraak bij de Isaac Beekman Academie legt de lat voor de te betrachten evenredigheid echter hoog met de overweging dat beoordeeld moet worden “of de terugvordering zou leiden tot een zodanige financiële noodsituatie, dat het voortbestaan van de stichting door de terugvordering in gevaar zou komen”.³⁰⁰ De uitspraak erkent tevens de uitweg voor de minister

296 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek naar de onderwijssituatie van het Hoenderloo College (02EY) in relatie tot de bekostiging*, Utrecht, juni 2013; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de samenwerking van de katholieke en openbare scholen voor praktijkonderwijs te Heerlen*, Utrecht, 21 december 2012; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar onderdelen van de bekostiging van LSG-RENTRAY (02PQ)*, Utrecht, juli 2013; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek. Leerkrachten speciaal basisonderwijs de meander (20bx) verzorgen onderwijs op medisch kinderdagcentrum via plaatsbekostiging*, Utrecht, november 2010; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een incidenteel onderzoek naar specifieke onderdelen van de bekostiging van Stichting Kentalis Onderwijs betreffende de Brinnummers14QX en 24FD*, Utrecht, juli 2010.

297 ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013, 162 m.nt. W. den Ouden (CIBAP/OCW; gewijzigde, lagere vaststelling en terugvordering, urennorm) en ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5511, AB 2008, 65 m.nt. N. Verheij (OCW/CHN; HBO-fraude).

298 ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013, 162 m.nt. W. den Ouden (CIBAP/OCW).

299 ABRvS 28 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0147 (ROCvA/OCW; lagere vaststelling rijksbijdrage, urennorm), r.o. 2.8.1.

300 ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:692 (OCW/Stichting Isaac Beekman Academie), r.o. 1.1.

van OCW om een betalingsregeling toe te zeggen als zo'n financiële noodsituatie aan de orde zou zijn. Het beroep door een onderwijsorganisatie op haar financieel belang biedt bij betalingsregelingen als alternatief nu nog weinig uitkomst. Dat financiële belang is echter slechts een van de belangen; het belang van opvolgende leerlingen en studenten die na de bekostigingssancties onderwijs bij de betreffende onderwijsorganisatie ontvangen behoeft eigenlijk ook afweging.

Ad 3) Bewijspositie?

Veel onderwijsorganisaties zijn zich soms niet bewust van de onjuistheid van gegevens of het niet naleven van de wettelijke voorschriften. Vervolgens beschikken zij op het moment van verweer ook over beperkte en/of weinig specifieke bewijsdocumenten. Met Claessens vraag ik mij in dit verband af of de bewijslastverdeling in zaken over onderwijsbekostiging niet te (sterk) ten nadele van onderwijsorganisaties uitpakt.³⁰¹ Van onderwijsorganisaties wordt langzamerhand niet alleen verwacht dat zij ten tijde van de vaststelling van de rijksbijdrage de juiste informatie aanleveren, maar ook dat zij ná de vaststelling een administratie bijhouden op basis waarvan nog vijf jaar lang voldoende overtuigend aantoonbaar is dat de rijksbijdrage rechtmatig en doelmatig is besteed. De uitspraken over de urennorm bevestigen dit beeld,³⁰² maar denk ook aan de administratieve last van het bewaren van de inschrijfgegevens³⁰³ of het kunnen bewijzen van de bevoegdheid van docenten.³⁰⁴ De bewijslastverdeling speelt ook een rol bij beroepen op het vertrouwensbeginsel. Blijkens de jurisprudentie wordt van de onderwijsorganisaties verwacht dat zij zelf aantonen welke concrete toezeggingen zijn gedaan door de overheid en die toezeggingen moeten ook nog eens door de juiste ambtenaar zijn gedaan.³⁰⁵

De hoge eisen aan de bewijslast, of beter gezegd de verantwoording omtrent de rechtmatigheid en doelmatigheid van verkrijgingen en bestedingen, zijn slechts begrijpelijk tegen de achtergrond van de kwalificatie van bekostiging als subsidie. Uitgangspunt van de subsidietitel is immers dat het de onderwijsorganisatie is die zich heeft te verantwoorden over de rechtmatige besteding van de verzochte en verleende subsidie en dat als zij daarin

301 ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5959, AB 2013, 423 m.nt. M. Claessens (Al-Iman; gewijzigde vaststelling en terugvordering; o.m. ten onrechte bekostiging aantal medewerkers) en ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4749, AB 2011, 275 m.nt. M. Claessens (Albeda College/OCW; nieuwe vaststelling en terugvordering Albeda College, onjuiste deelnemersgegevens; artikel 4:49 Awb).

302 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2469 ((OCW/Lentiz; 850-urennorm en artikel 4:49 Awb).

303 ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 en ECLI:NL:RVS:2008:BA9812 (OCW/HAN; terugvordering bekostiging).

304 Rb. Oost-Nederland 9 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BY8166 (Landstede/OCW; onderwijsactiviteiten niet-bevoegde docent terecht niet meegeteld als onderwijstijd).

305 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3447 (Arentheem College).

niet slaagt, het bestuursorgaan niet tot vaststelling behoeft te over te gaan. Deze redenering wordt bijvoorbeeld door Den Ouden bepleit.³⁰⁶

De vervolgvraag is hoe hoog de bewijs- casu quo verantwoordingslast redelijkerwijs is. De Rechtbank Amsterdam herhaalde in 2012 in een casus die zag op leerlingenvervoer nadrukkelijk de hoofdregel dat de bewijslast voor de rechtmatigheid van bestedingen in eerste instantie berust bij de onderwijsorganisatie.³⁰⁷ In diezelfde uitspraak werd vervolgens aangegeven dat ook de bewijslast voor de onjuistheid van de interpretatie van in een onderzoeksrapport van de Inspectie van het Onderwijs neergelegd feitenmateriaal berust bij de onderwijsorganisatie. De onderwijsorganisatie moest volgens de Rechtbank Amsterdam zelf aannemelijk maken dat conclusie en interpretaties van de Inspectie van het Onderwijs uitgaan van een onjuiste voorstelling van de feiten en lezing van wet- en regelgeving. Gelet op de volgtijdelijkheid van onderzoek en besluit roept dit de vraag op of dit niet een situatie van omgekeerde bewijslast tot gevolg heeft en zo ja, in hoeverre dat voldoet aan het beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming. Tot op heden is een beroep op artikel 6 EVRM niet succesvol gebleken, mede doordat wordt aangenomen dat bij terugvorderingen geen sprake is van een punitieve sanctie.³⁰⁸ Het doen van een beroep in rechte op artikel 13 EVRM is mij niet bekend.

Ad 4) Samenloop andere interventie-instrumenten

Een vierde constatering is dat bij terugvorderingen door onderwijsorganisaties in veel zienswijzen, bezwaren en verweren wordt gewezen op de samenloop met andere interventie- en sanctie-instrumenten. Deze samenloop leidde vooral in de periode 2007-2009 tot de rechtsvraag of (a) toepassing van de in artikel 4:49 en 4:57 Awb benoemde terugvorderingsbevoegdheid geoorloofd was en of (b) de in artikel 4:49 en 4:57 Awb benoemde terugvorderingsbevoegdheid niet slechts toepassing behoorde te vinden in bijzondere situaties. Beide rechtsvragen werden ten faveure van de overheid beslecht. In 2007 werd in de casus Hogeschool Zuyd bevestigd dat de minister van OCW zelf een keuze mag maken voor de route van artikel 4:49 Awb.³⁰⁹ In uitspraken bij Van Hall Larenstein (2008) en Helicon

306 ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013, 162 m.nt. W. den Ouden (CIBAP/OCW).

307 Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:6461, r.o. 3.3 en 3.4.

308 EHRM 29 september 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL7115 (Zadkine vs. Nederland). Zie ook Toelichting bij wijziging Besluit financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen (Stcrt. 2013, 19992, 17 juli 2013, p. 2).

309 ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8404 (OCW/Hogeschool Zuyd; terugvordering bekostiging), r.o. 4.2.1: "Uit de omstandigheid dat titel 4 van de Awb sinds 11 mei 2001 van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs, volgt dat als algemeen uitgangspunt heeft te gelden dat ook de artikelen 4:49 en 4:57 van de Awb grondslag kunnen vormen voor de wijziging en terugvordering van een op grond van de Awb toegekende rijksbijdrage. De wetgever heeft, anders dan Hogeschool Zuyd meent, met artikel 2.9, vierde lid, van de WHW niet een uitputtende regeling gegeven voor het wijzigingen en

(2009) werd opgemerkt dat de subsidietitel weliswaar aanvullende werking heeft in gevallen waarin de onderwijswetgeving niet voorziet, maar de Afdeling zag overigens “geen aanleiding voor het oordeel dat de Awb slechts in uitzonderlijke gevallen aanvullende werking kan hebben”.³¹⁰

5.5.7 *Ontneming rechten op opleiding, examinering en bekostiging*

A. Wettelijke grondslag en juridisch karakter

De minister van OCW heeft tot slot de bevoegdheid om onderwijsorganisaties rechten te ontnemen. De rechten die kunnen worden ontnomen zien op (1) de aanspraak op bekostiging, (2) de instandhouding van de onderwijsinstelling en (3) de erkenning van het onderwijsaanbod en het bijbehorende examenrecht.

De diverse ontnemingsbevoegdheden zijn relatief nieuw. In de Web treffen we de bevoegdheid aan sinds 1996, in de Whw sinds 2002 en in de Wpo en de Wvo sinds 2010.³¹¹ De ontneming is een uiterste sanctiemiddel en behoort op eerdere interventies te volgen. Zij staat aan de top van de publiekrechtelijke interventiepiramide.³¹² In 2009 heeft de minister van OCW zelfs opgemerkt dat – in elk geval voor wat betreft de ontnemingsbevoegdheid in de BVE-sector – in tegenstelling tot alle hiervoor besproken sancties bij de ontneming sprake is van een punitieve sanctie.³¹³ Dat zou betekenen dat bij ontnemingen artikel 6 lid 2 EVRM van toepassing is. Van een punitieve kwalificatie behoeft niet steeds sprake te zijn, maar naarmate het herstellend karakter van de ‘ontneming’ minder voorop staat en geringer is, kan daarvan wel degelijk sprake zijn.

Aandachtspunt bij het gebruik van de ontnemingsbevoegdheid is de tijdsvolgorde. Barkhuysen en Claessens wijzen op de theoretische mogelijkheid dat de kwaliteit ten tijde van het tussentijdse (kwaliteitsverbeterings)onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs of de NVAO nog niet voldoende is hersteld, maar wel op het moment van effectuering van het definitieve ontnemingsbesluit.³¹⁴ Zij stellen daarom voor om een onderwijsorganisatie in de gelegenheid te stellen voorafgaand aan het moment van effectuering aan te tonen dat wel aan de kwaliteitseisen wordt voldaan. Ook geldt dat voorafgaand aan de

terugvorderen van rijksbijdragen.” Zie ook M. Claessens, ‘De bekostiging en subsidëring van onderwijsinstellingen’, *NTOR* 2013/2, p. 133-148, i.h.b. p. 134-135.

310 ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, *JB* 2008, 184 (OCW/Van Hall Larenstein) en ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097 (OCW/Helicon).

311 Wet educatie en beroepsonderwijs (Stb. 1995, 501; dossier 23778), Wet accreditatie hoger onderwijs (Stb. 2002, 302) en Wet goed bestuur, goed toezicht (Stb. 2010, 80).

312 Onderwijsraad 2009, p. 17-18.

313 *Kamerstukken II* 2009/10, 32193, nr. 3, p. 10-11.

314 Barkhuysen & Claessens 2014, p. 39.

ontneming mogelijk al tot een waarschuwing, maatregel of bekostigingssanctie zal zijn besloten.

In het primair en voortgezet onderwijs vindt de ontnemingsbevoegdheid haar wettelijke grondslag in de artikelen 164b Wpo en 109a Wvo. Indien sprake is van ernstig of langdurig tekortschieten van de leerresultaten (artikel 10a Wpo en artikel 23a1 Wvo; zie ook Hoofdstuk 4) kan de minister van OCW – na een melding van de Inspectie van het Onderwijs – besluiten dat de openbare school wordt opgeheven of dat de bekostiging van de bijzondere school wordt beëindigd. Het moet blijkens de toelichtingen om een “(uitzonderlijke) situatie” gaan en de vergaande stap moet “in het belang” van de leerlingen zijn.³¹⁵ Het inzetten van de ontnemingsbevoegdheid behoeft een duidelijke belangenafweging, moet proportioneel zijn en kan niet gebruikt worden voor “de handhaving van andere bekostigingsvoorwaarden”.³¹⁶ Het is om die reden ook een discretionaire bevoegdheid. Als het middel erger is dan de kwaal behoort de minister van OCW geen gebruik te maken van de ontnemingsbevoegdheid.³¹⁷ Denkbaar voor het verzelfstandigd openbaar onderwijs is bijvoorbeeld dat in zo’n situatie voldaan zal zijn aan de vereisten voor ernstige taakverwaarlozing en/of handelen in strijd met de wet (vgl. artikel 42b lid 11 Wpo en artikel 48 lid 11 Wvo) met als gevolg dat de gemeenteraad ook zelf kan voorzien in het bestuur van (alle betrokken) openbare scholen.

Voor het middelbaar beroepsonderwijs vindt de ontnemingsbevoegdheid haar grondslag in artikel 6.1.4 Web. De minister van OCW kan het bevoegd gezag het recht ontnemen om een specifieke opleiding aan te bieden, inclusief het verlies van de bijbehorende bekostiging. Grond hiervoor is dat moet zijn gebleken dat (a) de kwaliteit van die opleiding langer dan één jaar onvoldoende is geweest, (b) niet of niet meer wordt voldaan aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald ten aanzien van de kwaliteitszorg, het onderwijs of de examens, dan wel (c) niet of niet meer wordt voldaan aan de zorgplicht arbeidsmarktperpectief. Artikel 6.1.5b Web biedt de minister van OCW daarnaast de bevoegdheid om het bevoegd gezag het recht op examinering van een opleiding te ontnemen als de kwaliteit van de examens van die opleiding niet voldoet aan de wettelijke examenstandaarden. Alsdan worden ook aanvragen tot erkenningen van nieuwe beroepsopleidingen niet marginaal maar integraal getoetst.³¹⁸

315 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 30.

316 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 18.

317 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 30.

318 Aanvraagprocedure diploma-erkenning voor niet-bekostigde instellingen voor beroepsonderwijs (Stcrt. 2014, 7532).

De ontnemingsbevoegdheid in het hoger onderwijs is verdeeld tussen de NVAO en de minister van OCW. De NVAO is bevoegd de accreditatie van een opleiding niet te verlengen als niet meer aan de zorgplicht kwaliteitszorg en de voor de opleidingen geldende kwaliteitsaspecten wordt voldaan (artikel 5a.9 en 5a.12 Whw juncto artikel 1.18 Whw). De minister van OCW kan een accreditatie tussentijds intrekken als de beoordeling van de aspecten van kwaliteit van de opleiding zodanig is gewijzigd dat deze beoordeling van die aspecten tot een afwijzing van de aanvraag om accreditatie of toets nieuwe opleiding zou leiden (artikel 5a.12b Whw). Het effect van het verlies of de intrekking van de accreditatie is dat (i) geen aanspraak meer bestaat op bekostiging, (ii) aan de examens geen graad meer is verbonden en (iii) de registratie in het Croho wordt beëindigd. Studenten op hun beurt verliezen hun aanspraak op studiefinanciering. Gelet op de ingrijpendheid van het besluit, zeker voor de zittende studenten, mag verwacht worden dat er hoge eisen worden gesteld aan de zorgvuldigheid, de motivering en de belangenafweging. De wetsgeschiedenis lijkt dat te bevestigen met de opmerking van het kabinet dat de bevoegdheid alleen kan worden ingezet “op grond van zwaarwegende en goed onderbouwde argumenten”.³¹⁹

B. Gebruik in de praktijk

Er zijn in de periode tot 1 januari 2016 twee casus bekend waarin werd overgegaan tot beëindiging van de bekostiging: Ibn Ghaldoun en Thanisha. Het bijzondere aan de casus Ibn Ghaldoun is dat geen gebruik werd gemaakt van de in artikel 109a Wvo beschreven ontnemingsbevoegdheid, maar dat de staatssecretaris van OCW een beroep deed op de algemene subsidietitel in de Awb om tot beëindiging van de bekostiging over te gaan.³²⁰ Het (voorgenomen) besluit zelf is niet openbaar, waardoor het precieze Awb-instrument niet bekend is. Het ligt voor de hand dat in zo’n geval een beroep is gedaan op artikel 4:51 juncto artikel 4:56 Awb. Uit de begeleidende brief van de staatssecretaris van OCW kan worden opgemaakt dat hij van oordeel was dat de interventie-instrumenten in de onderwijswetgeving in dit uitzonderlijke geval geen soelaas boden omdat volgens hem de vereiste kwaliteitsverbeteringen niet binnen afzienbare termijn konden worden bereikt.³²¹ Het doen van een beroep op (waarschijnlijk) artikel 4:51 Awb leidt mijns inziens tot een onaanvaardbare doorkruising van de later in de onderwijswet- en regelgeving opgenomen, zorgvuldig uitgewerkte en voluit bediscussieerde ontnemingsbevoegdheid.³²²

319 *Kamerstukken II* 2009/10, 32210, nr. 3, p. 23. Zie ook Barkhuysen & Claessens 2014, p. 40.

320 *Kamerstukken II* 2012/13, 31289, nr. 166, p. 3.

321 *Kamerstukken II* 2012/13, 31289, nr. 166, p. 3.

322 Een denkbaar verweer voor bestuurders is het doen van een beroep op analoge toepassing van de Windmill-criteria. Deze houden kortweg in dat de overheid zich bij de keuze voor het privaatrecht moet afvragen of het doel ook kan worden bereikt via de bestuursrechtelijke weg. Kernvraag daarbij is of de wetgever de bescherming van een belang heeft geregeld of heeft willen regelen. Zie HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 m.nt. MS, AB 1990, 408 m.nt. Kleijn (Windmill).

De tweede casus waarin de bekostiging werd beëindigd betreft het Thanisha te Amsterdam. Deze evangelische school was in de zomer van 2014 na een aanwijzing overgedragen aan een nieuw opgerichte rechtspersoon (wel met de oude bestuurders). Na een vrij snel daaropvolgend onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs bleek dat de onderwijskwaliteit verder was verslechterd naar 'zeer zwak'. De Inspectie van het Onderwijs adviseerde vervolgens de staatssecretaris om toepassing te geven aan artikel 164b Wpo en de bekostiging te beëindigen. De staatssecretaris van OCW nam dit advies over.³²³ Uit de informatie die openbaar is, blijkt echter dat de kwaliteit van het onderwijs niet langdurig tekortschoot.³²⁴ In eerdere jaren was het oordeel over de betreffende school 'voldoende' tot 'zwak' en niet 'zeer zwak'.³²⁵ Het lijkt er dan ook op dat de met de Inspectie van het Onderwijs gemaakte verbeteringsafspraken niet werden nagekomen. Dat kan op grond van artikel 10a lid 3 Wpo een reden zijn om te concluderen dat sprake is van 'ernstig tekortschieten' en dus te besluiten tot ontneming van het recht op bekostiging.

5.6 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

5.6.1 Inleiding

De aandacht in dit hoofdstuk is uitgegaan naar het publiekrechtelijk extern toezicht; en dan in het bijzonder het toezicht door de Inspectie van het Onderwijs. De in dit hoofdstuk gestelde vraag is geweest wat de betekenis is van het externe toezicht voor de juridische positie van de bestuurder. Om op deze vraag een antwoord te kunnen geven is in dit hoofdstuk ingegaan op twee deelvragen: (1) welke taken hebben de externe toezichthouders in het onderwijs en hoe is hun werkwijze ingericht en (2) welke publiekrechtelijke interventie-instrumenten heeft de overheid tot haar beschikking en hoe wordt daarvan gebruikgemaakt? Een boodschap voor juiste lezing van dit hoofdstuk is dat de onderwijswetgever ervoor heeft gekozen om het geven van onderwijs zo te organiseren dat niet de overheid maar onderwijsorganisaties op afstand van de overheid het onderwijs aanbieden. Die keuze is door de onderwijswetgever gemaakt omwille van – kort gezegd – het belang van goed onderwijs. Deze afstand biedt onderwijsorganisaties en hun bestuurders de kans om zelf in te spelen op de onderwijsvraag van ouders, leerlingen/studenten en bedrijfsleven en borgt de professionele ruimte van docenten, schoolleiders en bestuurders.

323 *Kamerstukken II* 2014/15, 31293, nr. 227. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 205.

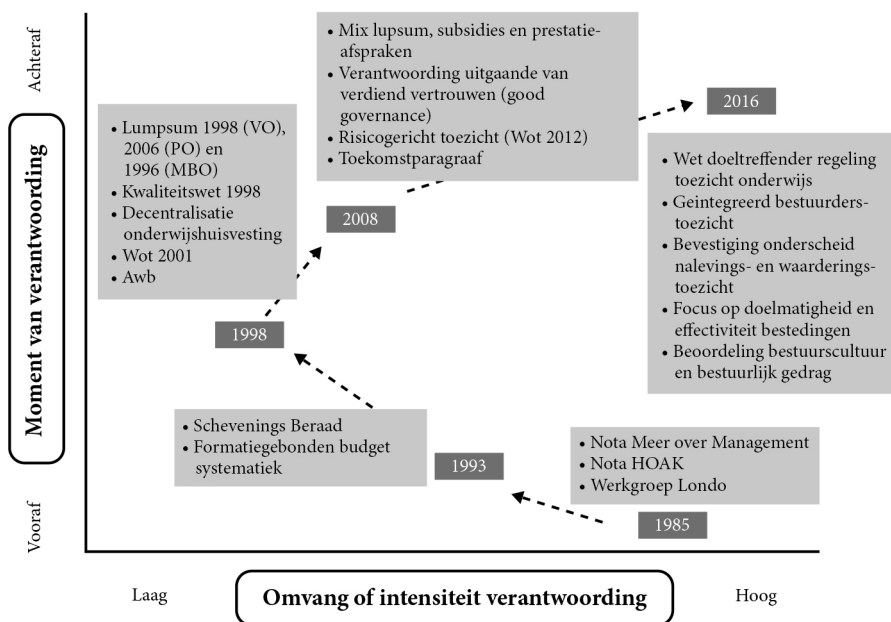
324 *Kamerstukken II* 2013/15, 31293, nr. 200 en Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen. Onderzoek bestuurlijk handelen Stichting voor evangelische scholen (sves) (41661) te Amsterdam*, 30 januari 2014.

325 Aldus de informatie op de website van de Inspectie van het Onderwijs op 26 november 2014, te raadplegen via www.onderwijsinspectie.nl.

5.6.2 Ontwikkeling extern toezicht

Uit dit hoofdstuk blijkt dat de taken en bevoegdheden van de Inspectie van het Onderwijs en in mindere mate de NVAO groeien in omvang en dat het externe toezicht fijnmaziger is geworden en intensificeert. De nota ‘Toezicht in Transitie’ en het initiatiefwetsvoorstel Wet doeltreffender regeling onderwijstoezicht markeren het onderscheid tussen nalevings- toezicht en waarderingstoezicht. Er is een kennelijke behoefte aan het aanbrengen van differentiatie in kwaliteitsoordelen boven de wettelijke basisnorm. Zowel het nalevingstoezicht en het waarderingstoezicht berusten bij de Inspectie van het Onderwijs en in iets beperktere mate door de NVAO. Effect van de keuze voor extern waarderingstoezicht is een verbreding van dat externe toezicht. Ook waarderingstoezicht behoeft nadere normstelling en interpretatie. Het bevestigt voorts dat onderwijsorganisaties en hun bestuurders inmiddels vooral achteraf verantwoording afleggen. Toezicht en beoordeling achteraf kent echter *hindsight bias* en tunnelvisie als risico’s.

Figuur 5.6.2 Ontwikkeling verantwoording



Een eerste conclusie is dat deze ontwikkeling leidt tot een verdere begrenzing van de onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties. De Inspectie van het Onderwijs en in mindere mate de NVAO hebben een divers takenpakket en beschikken over een ruim arsenaal aan bevoegdheden tot interventie. Bij de vervulling van hun taken en de inzet van interventie-instrumenten stellen zij zich met enige regelmaat actief en de Afdeling Bestuursrechtspraak lijkt, zo blijkt uit de vooral in paragraaf 5.5 besproken jurisprudentie, weinig genegen strikt te toetsen aan de door de overheid te betrachten terughoudendheid, evenredigheid en proportionaliteit.

Een tweede conclusie is dat rechtsonzekerheid is ontstaan over de vraag welk publiekrechtelijk interventie-instrument op welk moment kan worden benut en wat onderwijsorganisaties en hun bestuurders kunnen verwachten. De samenhang tussen de diverse onderwijssectorwetten, de Wot, de Awb en op momenten ook het algemeen rechtspersonenrecht is gebrekkig. De catalogus van bestuursrechtelijke en onderwijsrechtelijke interventie-instrumenten is bovendien niet alleen omvangrijk, maar voor wat die laatste categorie betreft tussen de onderwijssectoren zonder overtuigende argumentatie niet steeds gelijk. Ook over het precieze juridische karakter van de diverse interventie-instrumenten bestaat soms onzekerheid. Dat geldt voor de maatregel maar ook voor de aanwijzingsbevoegdheid als bevoegdheid *sui generis*. De in het kader van de aanwijzingsbevoegdheid gehanteerde norm wanbeheer lijkt bovendien wel op wanbeheer of wanbeleid als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek maar komt daar niet volledig mee overeen. Bij de ontnemingsbevoegdheid wordt in de toelichting aangegeven dat dit een bestraffende sanctie is, maar aan die opmerking wordt vervolgens door de onderwijswetgever geen vervolg gegeven. Door deze gebrekkige samenhang en inconsistentie is het potentiële effect van het externe toezicht voor onderwijsorganisaties en bestuurders niet voldoende inzichtelijk.

Een derde conclusie is dat het aantal publiekrechtelijke interventie-instrumenten een stijgende lijn vertoont en dat ook het gebruik van deze instrumenten lijkt te groeien. De omvang van bekostigingssancties is bovendien vaak fors. Soms worden interventie-instrumenten zelfs eerder ingezet dan bij de introductie van het instrument de bedoeling lijkt te zijn geweest. Of bij de inzet van de diverse interventie-instrumenten steeds wordt voldaan aan de wettelijke grondslag en de (wettelijke) randvoorwaarden, is – zoals blijkt uit onder meer de bespreking van de opschortingsbevoegdheid en de aanwijzingsbevoegdheid – ook soms juridisch kwestieus. Dat geldt in elk geval voor het openlijk ‘dreigen’ met interventies zonder dat aan de voor de inzet van die interventies geldende gronden is voldaan. Het huidige gebruik van de diverse publiekrechtelijke interventie-instrumenten wekt verder de indruk dat met enige regelmaat sprake is van *cherry picking* door de overheid. In elk geval wordt niet stelselmatig gemotiveerd waarom niet voor een lichtere interventie wordt gekozen. Vooral bij omvangrijke bekostigingssancties wegens de niet-naleving van

wettelijke voorschriften die geen hoofd- of kernverplichting zijn, komt mijns inziens de door artikel 3:4 lid 2 Awb bestreken evenredigheid en proportionaliteit in het geding. De behoefte bij de overheid aan sanctionering en de beginselplicht tot handhaving botst te snel met het ook gerechtvaardigde belang van onderwijsorganisaties en bestuurders om zelf verantwoordelijkheid te nemen voor het wegnemen van gebreken, zelfevaluatie, hersteltrajecten en verbetering. Het nemen van die bestuurlijke verantwoordelijkheid – zonder ook nog eens geconfronteerd te worden met omvangrijke bekostigingssancties – is uiteindelijk in het belang van (opvolgende) leerlingen en studenten. Ook dat is een door overheid te beschermen algemeen belang.

Een vierde conclusie is dat de verschuiving van het externe toezicht naar onderzoek en beoordeling achteraf in combinatie met extra aandacht voor handhaving en waardering, heeft geleid tot een disbalans in de verhouding tussen onderwijsorganisaties en hun bestuurders enerzijds en de externe toezichthouders anderzijds. De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO interpreteren de wettelijke deugdelijkheidseisen en formuleren ten behoeve van het waarderingstoezicht nadere normen, zij doen onderzoek naar de naleving van het (wettelijk) normenkader, beoordelen vervolgens of deze wordt nageleefd en waarderen de kwaliteit van het onderwijs en de professionaliteit van het bestuurlijk handelen. Zij kunnen ook nog eens publiekrechtelijke sancties treffen of daartoe adviseren. Bij elke stap is sprake van afweging en interpretatie en hebben zij de mogelijkheid een beroep te doen op hun beleidsvrijheid en beleidsruimte. De toekenning van taken en bevoegdheden van verschillende aard aan de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO tast in potentie het vertrouwen in hun onafhankelijkheid aan. De betekenis van deze risico's voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders is groter naarmate de omvang van een mogelijke bekostigingssanctie hoger is en die sanctie materiële gevolgen kan hebben voor de kwaliteit van het onderwijs en/of het personeelsbeleid. Een onderliggende vraag is hoe het toch komt dat onderwijsorganisaties, bestuurders en docenten niet meer ruimte wordt gegund om zelf de professionele standaard vast te stellen. In andere maatschappelijke sectoren, zoals de zorg, lijkt dat beter te lukken.

5.6.3 *Betekenis publiekrechtelijk extern toezicht voor de juridische positie van de bestuurder*

Het externe toezicht richt zich in beginsel op onderwijsorganisaties. Negatieve oordelen over de kwaliteit van het onderwijs of het functioneren van het onderwijs hebben hierdoor geen directe betekenis maar vooral een indirecte. Zij kunnen het oordeel over het functioneren van individuele bestuurders beïnvloeden; en daarmee het vertrouwen in individuele bestuurders aantasten. Een trend die uit dit hoofdstuk naar voren komt, is dat het externe

toezicht zich niet langer alleen richt op onderwijsorganisaties maar ook op het functioneren van het bestuurlijk orgaan en individuele bestuurders als zodanig. Zowel de Inspectie van het Onderwijs als de NVAO hanteert een bestuursgerichte aanpak. Het aantal interventie-instrumenten gericht op de bestuurder is groeiende en de aanwijzingsbevoegdheid richt zich zelfs heel nadrukkelijk op het handelen van individuele bestuurders. De door de minister van OCW erkende werkwijze van de Inspectie van het Onderwijs laat verder toe dat er zonder veel belemmeringen in openbare onderzoeksrapporten oordelen gegeven kunnen worden over (de professionaliteit van) het bestuurlijk handelen en het functioneren van (individuele) bestuurders.

Dit hoofdstuk laat zien dat legaliteit, evenredigheid en proportionaliteit van de diverse interventie-instrumenten onder druk staan en dat de externe toezichthouders voor zover het betreft het oordelen over het functioneren van individuele bestuurders te eenvoudig kunnen treden in de wettelijke taak van de interne toezichthouders. Dit is juist voor bestuurders extra ingrijpend. Hun bestuurlijk draagvlak is voor een deel immers afhankelijk van externe waardering. Het beoordelen van het functioneren van individuele bestuurders is bovendien gelet op de in hoofdstuk 4 besproken zorgplicht functiescheiding in de eerste plaats een wettelijke taak van de intern toezichthouder en niet van de overheid. Aan de rechtsbescherming van individuele bestuurders wordt in het geheel geen aandacht besteed. De samenvattende conclusie is dan ook dat de ontwikkeling van het externe toezicht de onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties en de bestuursautonomie van hun bestuurders te veel aantast.

Het voorgaande verleidt mij tot twee meer algemene opmerkingen. Met betrekking tot de relatie overheid-onderwijsorganisaties is het raadzaam na te denken over alternatieven voor de omvangrijke bekostigingssancties. De huidige sanctiebevoegdheden en de beginselplicht tot handhaving verplichten de overheid bijkans om reeds bij elke niet-naleving van de wet over te gaan tot een bekostigingssanctie. Zeker bij de niet-naleving van wettelijke verplichtingen die geen duidelijke onderwijsrechtelijke hoofdverplichting zijn of die niet hebben geresulteerd in 'oneigenlijke bekostigingsmaximalisatie' verdienen proportionelere interventies en matiging omwille van evenredigheid extra aandacht. Onder meer het verplichten tot het aanbieden van hersteltrajecten of andere varianten gericht op herstel of correctie zijn het overwegen waard. Ook zou gedacht kunnen worden aan nadere criteria voor matiging van de omvang van bekostigingssancties.³²⁶ In ieder geval de Beleidsregel financiële sancties bekostigde onderwijsinstellingen behoeft op dit punt meer flexibiliteit

326 De Boer c.s. lijken om die reden voorstander van de introductie van de bestuurlijke boete in het onderwijs, maar wijzen wel op de zware eisen die aan de inzet van deze bevoegdheid worden gesteld. Zie De Boer, Zontjens, Michiels & Den Ouden 2014a, p. 181-183. Voor bestuurders geldt in dit verband uiteraard dat bij strafbare feiten artikel 51 Wetboek van Strafrecht reeds van toepassing.

en verfijning. Meer aandacht voor de evenredigheid van bekostigingssancties kan het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel bevestigen en een erkenning vormen van het gegeven dat met de keuze voor institutionele afstand tussen overheid en onderwijsorganisaties beperkte maar wel beheersbare risico's komen.

Een tweede algemene opmerking ziet op de kennelijke behoefte aan een interventie-instrument dat zowel ruimte biedt voor verder onderzoek naar het bestuurlijk handelen (al dan niet van individuele) (ex-)bestuurders als gericht is op het bereiken van een snelle bestuurlijke oplossing. Het verdient aanbeveling om bij ernstige vermoedens die doen twifelen aan de juistheid van het gevoerde bestuurlijk beleid, de financiële continuïteit of het 'bestuurlijk beheer' een procedure te hanteren die uitgaat van het, al dan niet met spoed, horen van bestuurders en interne toezichthouders als belanghebbende en/of getuige (vgl. artikelen 3:13 en 4:8 Awb) en een onafhankelijke toetsing en beoordeling op een wijze die gelijkenis vertoont met de procedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.³²⁷ Hierdoor ontstaat van nature een andere set van *checks and balances* en is het de rechter – en niet de overheid – die de voor individuele bestuurders meest vergaande instrumenten inzet. In geval van acute financiële noodsituaties kan ook gedacht worden aan het door de rechter laten benoemen van een bewindvoerder. Voordeel van een procedure via de rechter is dat een onafhankelijke afweging mogelijk is tussen het publieke belang, het belang van de onderwijsorganisatie, het belang van betrokken leerlingen en studenten en het individuele belang van de bestuurder. Dat past bij de onderwijsrechtelijke autonomie en het beginsel van adequate rechtsbescherming.

327 Dit voorstel deed ik ook in Nolen 2013b.

HOOFDSTUK 6 – HET PRIVAATRECHT ALS TOETSINGSKADER

6.1 INLEIDING

6.1.1 *Vooraf*

Het privaatrecht heeft een normerende betekenis in het onderwijs. Het startpunt voor de aanvaarding van deze notie in het onderwijsrecht is te vinden in de zaak Schaapman uit 1999.¹ De Rechtbank Amsterdam oordeelde in deze zaak dat de gemeente als bevoegd gezag van een openbare school tekort was geschoten in “de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs, waarvoor zij op grond van de WBO verantwoordelijk was” en “handelde (...) in strijd met haar wettelijke plicht, zoals die met name volgde uit de art. 8 en 9 van die wet”. Deze uitspraak bevestigde dat ouders die schade ondervinden wegens onderwijs dat niet voldoet aan de wettelijke basishouding, een vordering tot schadevergoeding kunnen indienen wegens onrechtmatige daad.

Het privaatrecht speelt niet alleen een rol in de rechtsverhouding tussen de onderwijsorganisatie en derden en is daardoor niet alleen indirect van betekenis voor de bestuurder. Ook de juridische positie van de bestuurder zelf wordt door het privaatrecht genormeerd. Kenmerkend voor het onderwijs is dat het belang van het privaatrecht is toegenomen doordat – ten opzichte van dertig jaar geleden – de meeste onderwijsorganisaties inmiddels privaatrechtelijk zijn vormgegeven. Met de keuze voor het raad van toezicht-model zijn voorts degenen die belast zijn met de functie bestuur nu bestuurder in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Specifiek voor de bestuurder geldt dat er ook meerdere privaatrechtelijke interventie-instrumenten zijn die zich specifiek richten op de bestuurder. De leerstukken bestuursaansprakelijkheid, ontslag door de rechtbank en civielrechtelijk bestuursverbod zijn daarvan voorbeelden.

6.1.2 *Vraagstelling en opzet hoofdstuk*

De vraag die in dit hoofdstuk wordt gesteld is wat de betekenis is van het privaatrecht voor de bestuurder van een onderwijsorganisatie. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn

1 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000/104 m.nt. B.P. Vermeulen en Ktg. Amsterdam 11 juni 1998, Gst. 1999-7091, 6 m.nt. J. Donner.

drie deelvragen geformuleerd: (1) welke privaatrechtelijke sturingsinstrumenten zijn er, (2) welke betekenis hebben die instrumenten en (3) wat zegt het (potentiële) gebruik van die instrumenten over de verhouding tussen overheid en bestuurders en tussen bestuurders en derden. Deze vragen worden gesteld in aanvulling op hetgeen in hoofdstuk 3 is opgemerkt over de taak van de bestuurder.

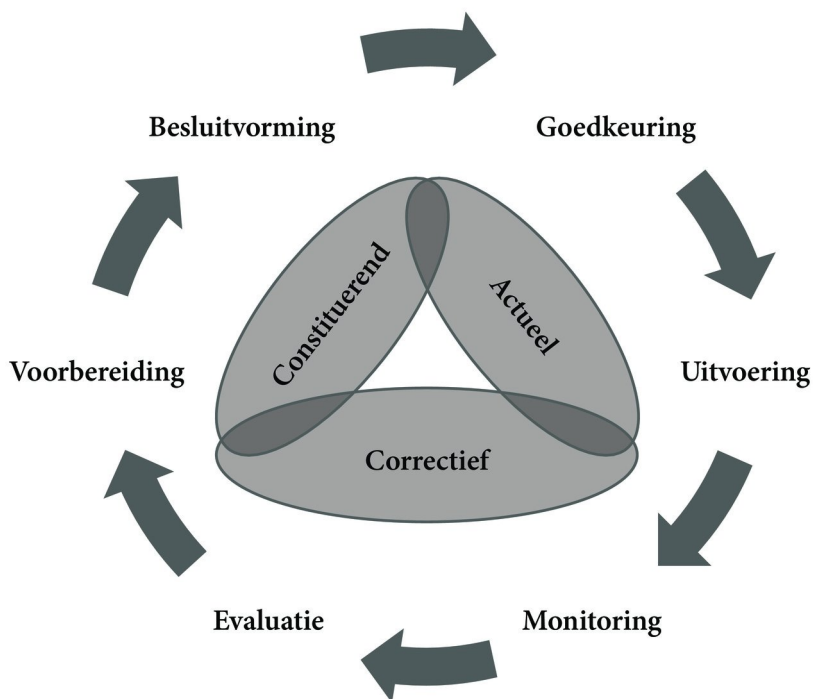
Het privaatrecht is een breed en alomvattend rechtsgebied. In dit onderzoek wordt voornamelijk ingegaan op dat privaatrecht dat van belang is voor de bestuurder van een onderwijsorganisatie en diens bestuurlijke autonomie. Daarbij ligt de focus op de rechtspersonenrechtelijke randvoorwaarden, de mogelijke beperking van de bestuursbevoegdheid en de privaatrechtelijke interventie-instrumenten. In dit hoofdstuk gaat verder bijzondere aandacht uit naar privaatrechtelijke sturing. Hieronder wordt verstaan het door de overheid of de wetgever actief inzetten van het privaatrecht om door hen benoemde doelen te bereiken of verlangd gedrag te bevorderen.

In hoofdstuk 5 is bij de opzet van het hoofdstuk gebruikgemaakt van de interventiepiramide. Dit om uitgaande van het beginsel van proportionaliteit de diverse publiekrechtelijke instrumenten in onderlinge samenhang te kunnen bespreken. In dit 6 hoofdstuk wordt juist de voorkeur gegeven aan een rubricering aan de hand van de besluitvormingscyclus. Het moment van gebruik is namelijk doorslaggevend voor de vraag welk privaatrechtelijke instrument aan de orde is. Onder verwijzing naar Tjong Tjin Tai worden daarbij de volgende drie fases onderscheiden.²

- De fase voorafgaand aan het handelen van een onderwijsorganisatie/bestuurder/intern toezichthouder vormt de preventieve of constituerende fase (constitutief).
- Het moment van handelen en besluiten door een onderwijsorganisatie, bestuurder of intern toezichthouder vormt de actuele fase (actueel).
- Het daadwerkelijk inzetten van een privaatrechtelijk instrument tot interventie nadat een handeling of besluit (niet) heeft plaatsgevonden (achteraf/correctief).

De constituerende fase staat centraal paragraaf 6.2. De fase van besluitvorming en handelen door bestuurders wordt besproken in paragraaf 6.3. De diverse correcties komen aan bod in de paragrafen 6.4 en 6.5. Bijzondere aandacht gaat daarbij in paragraaf 6.4 uit naar de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid.

2 Tjong Tjin Tai 2014 en Hartlief 2014, p. 70-72.

Figuur 6.1.2 Privaatrechtelijke instrumenten en de besluitvormingscyclus

Uitgangspunt in dit hoofdstuk – en in het bijzonder in paragraaf 6.5 – is dat het verzorgen van een prestatie is.³ Hierover kunnen met onderwijsorganisaties afspraken worden gemaakt en het niet verrichten van de overeengekomen prestatie of het daarin tekortschieten kan leiden tot de vraag of sprake is van een wanprestatie (artikel 6:74 BW) of onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). In paragraaf 6.6 wordt de betekenis van het privaatrecht voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders in perspectief geplaatst. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan het gebruik door de overheid van het privaatrecht. Paragraaf 6.7 rondt af met enkele opmerkingen over de betekenis van het privaatrecht voor de juridische positie van de bestuurder.

In mijn preadvies uit 2014 over de privaatrechtelijke sturing in het onderwijs is ingegaan op een groot deel van de bestaande en voorgenomen privaatrechtelijke sturingsinstrumenten

3 Zie over het begrip ‘prestaties’ in het onderwijs eerder Nolen 2014.

en de (mogelijke) betekenis daarvan voor het onderwijs.⁴ Dit hoofdstuk vormt een aanscherping en actualisering van dat preadvies. De focus ligt nu wel iets meer op de positie van de bestuurder. Bedoelde actualiteit betreft het commentaar op de in 2014 aangekondigde wetsvoorstellen en het wetsvoorstel Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen en de in de periode tot 1 januari 2016 verschenen jurisprudentie. Informatie na die tijd is beperkt meegenomen.

6.1.3 *Het veronderstelde primaat van het privaatrecht en het gelijktijdig aanvullend karakter van het privaatrecht*

Voor de lezing van dit hoofdstuk is het nuttig vooraf enige opmerkingen te maken over de verhouding tussen het veronderstelde primaat van het privaatrecht ten opzichte van het algemeen bestuursrecht en/of het bijzondere onderwijsrecht en het gelijktijdig aanvullend karakter van dat privaatrecht.

Het leerstuk van het primaat van het privaatrecht gaat ervan uit dat bij geschillen tussen onderwijsorganisaties enerzijds en ouders en leerlingen/studenten anderzijds, de keuze voor de privaatrechtelijke route in beginsel aan eiser is. Het uitgangspunt is dat de burgerlijke rechter zich bevoegd verklaart op het moment dat een eiser zich beroept op een regel van burgerlijk recht. Deze zogeheten *objectum litis*-leer sluit aan bij artikel 112 Grondwet en houdt in dat als een eiser zijn verzoek of vordering inkleedt als een burgerrechtelijk geschil door een wanprestatie of onrechtmatige daad, de burgerlijke rechter bevoegd is.⁵

De vervolgvraag is of de burgerlijke rechter de eiser ook ontvankelijk verklaard. Dat akkoord is afhankelijk van de vraag of de andere publiekrechtelijke of bijzondere rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed.⁶ In zijn algemeenheid is van voldoende waarborgen sprake als een onderwijsorganisatie als bestuursorgaan een besluit neemt, tegen dat besluit bezwaar en beroep open staat en in potentie ook toekenning van schadevergoeding mogelijk is (artikel 8:88 Awb). In hoofdstuk 3 zagen we echter dat het aantal daadwerkelijke besluiten met publiekrechtelijk rechtsgevolg voor leerlingen en studenten in het onderwijs relatief gering is en dat vooral sprake is van beoordelingsbeslissingen, feitelijk handelen en privaatrechtelijke rechtshandelingen. Hierdoor acht de burgerlijke rechter zich al snel bevoegd en ontvankelijk. Dat geldt ook als het gaat om geschillen die kunnen worden

4 Nolen 2014.

5 HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (Guldemon/Noordwijkerhout); HR 18 augustus 1944, NJ 1944/45, 598 (Alkmaar/Noord-Holland) en HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ3810, AB 2015, 111 m.nt. Widdershoven (Bovenforfaitaire fiscale proceskosten).

6 HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, AB 2005, 74, NJ 2006, 28 m.nt. H.J. Snijders en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, NJ 2012, 241 m.nt. H.J. Snijders en AB 2011, 11 m.nt. G.A. van der Veen.

voorgelegd aan een van de diverse geschillencommissies in het onderwijs.⁷ De bevoegdheid van die geschillencommissies, die geen onderdeel uitmaken van de rechterlijke macht (vgl. artikel 11 Grondwet), is vaak ook nog eens beperkt door de reikwijdte van de bevoegdheid, het niet zelf in de zaak kunnen voorzien, het ontbreken van een dwangsombevoegdheid en/of het niet altijd bevoegd zijn tot het toekennen van een schadevergoeding.⁸ Ook bij toelatingsbeslissingen tot openbare scholen acht de burgerlijke rechter zich gewoonlijk bevoegd.⁹

NB. In een geschil tussen Stichting Collectieve Actie Universiteiten en openbare en bijzondere universiteiten over het door instellingsbesturen jaarlijks vaststellen van instellingscollegegeld, achtte de Hoge Raad zich in 2016 niet bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van geschillen met betrekking tot de inschrijving en toelating van studenten en het verschuldigde (instellings)collegegeld. De rechtsbetrekking tussen student en instelling zou uitsluitend worden beheerst door de publiekrechtelijke regeling van de Whw, rechtsbescherming bij het CBHO mogelijk was als bestuursrechten en het geschil in zoverre niet burgerrechtelijk van aard zou zijn als bedoeld in artikel 112 lid 2 Grondwet.¹⁰ Ik lees deze uitspraak zo dat het geschil ging over het besluit tot vaststelling van het instellingscollegegeld als zodanig. Ik kan mij daarbij niet aan de indruk onttrekken dat de uitkomst deels is beïnvloed door het gegeven dat sprake was van een collectieve actie.

Een tweetal zaken over de uitreiking van getuigschriften bij Inholland en Windesheim illustreren het primaat van het privaatrecht bij geschillen tussen onderwijsorganisaties en anderen dan de overheid. In beide gevallen weigerde de examencommissie een getuigschrift af te geven omdat het niveau van de afstudeerscriptie van de student achteraf als onvoldoende was aangemerkt.¹¹ Beide studenten stapten uiteindelijk naar de burgerlijke rechter, waarna zowel de Rechtbank Den Haag als de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel oordeelden dat ze bevoegd waren. De laatste wees daarbij op de wetsgeschiedenis bij de Wet versterking besturing hoger onderwijs waarin – ten overvloede – is opgemerkt

7 Zie Philipsen en de Wit bij Rb. Den Haag 4 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14531, AB 2014/168 m.nt. Philipsen en De Wit (Inholland; weigering uitreiking getuigschrift).

8 Zie Philipsen en de Wit bij Rb. Den Haag 4 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14531, AB 2014/168 m.nt. Philipsen en De Wit (Inholland; weigering uitreiking getuigschrift), Van Schoonhoven & Keijzer 2011 en Casterman, Sarneel & Voskamp 2012.

9 Zie de diverse uitspraken over het toelatingsbeleid in Hoofdstuk 7.

10 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (SCAU/Universiteiten), r.o. 4.1.2-4.14 en 4.1.7.

11 Voorzieningenrechter Rb, Overijssel 27 maart 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:1573 (Windesheim; weigering uitreiking getuigschrift), i.h.b. r.o. 4.4 en Rb. Den Haag 4 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14531, AB 2014/168 m.nt. Philipsen en De Wit (Inholland; weigering uitreiking getuigschrift).

dat de burgerlijke rechter bevoegd is in geschillen die civielrechtelijk van aard zijn (wanprestatie of onrechtmatige daad) en dat het een student altijd vrij staat te kiezen voor het aan de burgerlijke rechter voorleggen van een geschil: “Ook als het een geschil is op grond van de WHW of daarop gebaseerde regelgeving.”¹²

Onverminderd het primaat van het privaatrecht in de rechtsverhouding tussen onderwijsorganisaties en derden, heeft het privaatrecht ook een aanvullend karakter. Dat geldt in elk geval voor het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Indien de overheid in een specifiek geval gebruik wenst te maken van een privaatrechtelijk interventie-instrument, is de toets of het gebruik door de overheid van een haar toekomend burgerlijk recht niet wordt uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Het doen van een beroep op burgerlijk recht en het inzetten van een privaatrechtelijke interventie-instrument mag niet leiden tot een misbruik van bevoegdheden (artikel 3:13 BW) of tot strijd met het (ongeschreven) publiek recht (artikel 3:14 BW). De klassieke leer sinds het *Windmill*-arrest uit 1990 is dat als de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, dat een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de overheid om gebruik te maken van de privaatrechtelijke weg.¹³

6.2 CONSTITUTIEVE VOORWAARDEN VOOR ONDERWIJSORGANISATIES

6.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden die rechtspersonenrechtelijke voorwaarden besproken die constitutief van aard zijn voor onderwijsorganisaties met een privaatrechtelijke bestuursvorm. Paragraaf 6.2.2 bespreekt de uit de onderwijswetgeving voortvloeiende constitutieve voorwaarden van rechtspersoonlijkheid, verbod op winstoogmerk en statutaire doelstelling. In paragraaf 6.2.3 worden een aantal voorwaarden van meer algemeen rechtspersonenrechtelijke aard besproken.

Hoewel de hier te bespreken constitutieve voorwaarden strikt genomen niet gelden voor bestuurders zijn zij voor bestuurders wel relevant. Van hen mag immers worden verwacht dat zij er zorg voor dragen dat de rechtsvorm en bestuurlijke inrichting van hun onderwijsorganisatie waarvan zij bestuurder zijn, voldoet aan deze constitutieve voorwaarden.

12 *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 3, p. 24.

13 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 m.nt. MS, *AB* 1990, 408 m.nt. Kleijn (*Windmill*), r.o. 3.2.

6.2.2 *Bekostigingsvoorwaarden voor de onderwijsorganisatie met een privaatrechtelijke bestuursvorm*

De vier sectorwetten kennen meerdere bekostigingsvoorwaarden die – voor wat betreft de privaatrechtelijke onderwijsorganisaties – zien op de rechtspersoonlijkheid, die meebrengen dat een onderwijsorganisatie geen winstoogmerk mag hebben en die eisen stellen aan de statutaire doelstelling. Het voldoen aan deze in de onderwijswetgeving benoemde constitutieve voorwaarden zijn voorwaarden voor de aanspraak op bekostiging.

Overzicht 6.2.2 – Constitutieve voorwaarden voor privaatrechtelijke bestuursvormen in de onderwijswetgeving

Wpo/Wvo

- Het statutaire doel van een stichting voor openbaar onderwijs is voorgeschreven en zelfs enigszins beperkt: “het statutaire doel van de stichting is uitsluitend het geven van openbaar onderwijs” (artikel 48 Wpo, artikel 42b Wvo).
- Het statutaire doel van de samenwerkingsstichting “is in elk geval het geven van openbaar onderwijs en onderwijs van één of meer richtingen in afzonderlijke scholen voor openbaar onderscheidenlijk bijzonder onderwijs” (artikel 17 lid 2 Wpo, artikel 53v lid 2 Wvo);
- Het statutaire doel van de stichting die een samenwerkingsschool in stand houdt is “in ieder geval (...) het in stand houden van een samenwerkingsschool” (artikel 17 lid 1 Wpo, artikel 53d lid 1 Wvo);
- “De bijzondere school staat onder het bestuur van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen” (artikel 49 lid 1 Wvo). In het primair onderwijs moet dit blijken uit de “statuten of reglementen” (artikel 55 Wpo).

Web

- “Bijzondere instellingen worden in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid niet zijnde een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 van het Burgerlijk Wetboek, die zich blijkens de statuten of reglementen het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen” (artikel 9.1.1 Web).

Whw

- “Een bijzondere hogeschool wordt in stand gehouden door een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich blijkens de statuten het geven van onderwijs in de zin van deze wet ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen” (artikel 10.8 lid 1 Whw).

- NB. In de Whw ontbreekt een vergelijkbare bepaling voor de bijzondere universiteiten.

Rechtspersoonlijkheid

Voor het bijzonder onderwijs geldt reeds vanaf 1889 dat degene onder wiens bestuur de school staat rechtspersoonlijkheid moet hebben (artikel 55 Wpo en artikel 49 Wvo). Sinds 1996 geldt deze eis ook voor het verzelfstandigd openbaar onderwijs en sinds 2011 voor de samenwerkingsschool.¹⁴ Voor de onderwijsorganisaties die bijzondere regionale opleidingscentra, hogescholen of universiteiten in stand houden is deze bekostigingsvoorwaarde ook wettelijk vastgelegd (artikel 9.1.1 Web, artikel 9.51 lid 1 Whw en artikel 10.8 lid 1 Whw). De weliswaar summiere toelichting bij de Lager onderwijswet van 1889 getuigt van een weloverwogen keuze voor de bekostigingsvoorwaarde van rechtspersoonlijkheid.¹⁵ De regering wees destijds zelfs al op de veronderstelde samenhang tussen de kwaliteit van de onderwijsprestatie en de kwaliteit van het bestuur.

“De Regeering zoekt de deugdelijkheid van het onderwijs te verzekeren: 1°. door de rechtspersoonlijkheid van de vereeniging of instelling, die het onderwijs doet geven, te eischen.”¹⁶

“Door den eisch dat de school sta onder het bestuur eener vereeniging of instelling die rechtspersoonlijkheid bezit, zal een nauwlettend toezicht op de school worden gehouden door personen wier doel is, degelijk onderwijs te doen geven, aan wie het onderwijzend personeel ondergeschikt is en die voorts tegenover de ouders der kinderen verantwoordelijk zijn.”¹⁷

Geen houden van een school als winstgevend bedrijf

Een school mag niet in stand worden gehouden als winstgevend bedrijf. Ook deze constitutionele voorwaarde kennen we al sinds de Lager-onderwijswet 1889 en zij geldt thans voor alle onderwijsorganisaties. De toelichting luidde destijds: “dat er een waarborg zij dat ’s lands geld tot het doel waartoe het gegeven wordt, bevordering van degelijk onderwijs, worde besteed”.¹⁸ Met de blik van nu is de toelichting voor meerdere uitleg vatbaar. De eerste uitleg is dat publiek geld überhaupt niet mag weglekken naar de houders van een

14 Wet bestuursvormen openbaar onderwijs (Stb. 1996, 580) en Wet inzake samenwerkingsscholen (Stb. 2011, 287).

15 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 12.

16 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 33.

17 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 35.

18 *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 5.

school.¹⁹ De tweede uitleg is de mogelijke opvatting dat een houder van een school als winstgevend bedrijf überhaupt minder geneigd zou zijn het belang van kwalitatief goed onderwijs voorop te stellen en dat daarom de constitutieve voorwaarde van belang is.²⁰

Statutaire doelstelling

De vier sectorwetten stellen ook enkele constitutieve voorwaarden aan de statutaire doelstelling van privaatrechtelijk vormgegeven onderwijsorganisaties. Uit de jurisprudentie en de praktijk zijn mij geen voorbeelden bekend van geschillen tussen onderwijsorganisaties, de overheid of derden over de vraag of voldaan werd aan deze voorwaarden. Wel komt het voor dat de betekenis van een statutaire doelstelling van een onderwijsorganisatie als zodanig aan de orde komt. Dat is voornamelijk het geval bij discussies over de te onderscheiden richting van een school²¹, het toelaten van leerlingen²² of het personeelsbeleid.²³ In het kader van de vraag of een school wel een school is als bedoeld in de Leerplichtwet 1969 wordt de vraag soms ook gesteld.²⁴

Stichtingen moeten op grond van het algemeen rechtspersonenrecht een bepaalbaar en bereikbaar doel hebben (art. 2:285 lid 1 BW). Dit geldt in zekere zin ook voor het doel van verenigingen (artikel 2:26 lid 1 en 2:27 lid 4 onder b BW). Het doel van een stichting kan heel ruim zijn en hoeft niet ten volle geconcretiseerd te worden.²⁵ Die bepaalbaarheid van het doel van een rechtspersoon in het onderwijs leidt soms tot vragen. Zo werd in 2009 de vraag gesteld of een stichting voor openbaar onderwijs zelf een openbare school mocht

19 Vgl. de bepalingen de Nota's Helderheid die het weglekken van publieke middelen naar de private sector tegen moeten gaan. Ministerie van OCW, *Notitie Helderheid in de bekostiging van het bve*, 2003 en Ministerie van OCW, *Notitie Helderheid in de bekostiging van het ho*, 2003. Aanvullingen op beide nota's dateren uit 2004 en 2007. De status van deze nota's is onhelder. Wel verwijst de Regeling onderwijscontroleprotocol OCW/EZ naar de zes notities: Stcrt. 2014, 1893, 28 januari 2014 (Regeling onderwijscontroleprotocol OCW/EZ), p. 7.

20 Vgl. de discussie over bijvoorbeeld marktwerking in de zorg.

21 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28, m.nt. B.P. Vermeulen (Evangelische stroming vormt eigen richting in het basisonderwijs).

22 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 24 juli 2007, NJF 2007, 389 (Hoornbeeck) en HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (Maimonides).

23 Zie bijvoorbeeld: Vz. Rb. Den Haag 2 november 2011, JAR 2011, 305 m.nt. W. Lindeboom (Homoseksuele leraar).

24 Zie indirect ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695, Gst. 2013, 11 m.nt. P.W.A. Huisman (De Kampanje) en ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, AB 2013, 309, m.nt. P.J.J. Zoon-tjens, Gst. 2013, 10 m.nt. P.W.A. Huisman, JIN 2012, 189, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, e.a. (De Koers).

25 Zeker in de eerste helft van de twintigste eeuw bestond wel discussie over de vraag of een te ruime doelstelling niet een misbruik van de rechtsvorm vormde. Als de omschrijving te vaag zou zijn, dan zou volgens Scholten de stichting een rechtsvorm worden die eigenlijk enkel vermogen ter beschikking zou stellen "aan bepaalde, op zekere wijze georganiseerde personen om het te gebruiken op de hun behagende wijze". Zie de verwijzing in Asser/Rensen 2-III* 2012/323 naar Scholten (p.199). Scholten stelde deze vraag naar aanleiding van onder andere de uitspraken HR 11 december 1914, NJ 1915/238 en WPNR 1915/2360 (Fonds Jan de Koning) en HR 9 januari 1925, NJ 1925/327 (Papefonds).

oprichten en zelf een aanvraag tot oprichting van een nieuwe openbare school kon doen. De Afdeling oordeelde uiteindelijk dat aangezien artikel 48 lid 1 en lid 4 Wpo bepalen dat de doelstelling is “het in stand houden van openbaar basisonderwijs” en “uitsluitend het geven van openbaar onderwijs” hier niet onder valt “het stichten van openbare scholen”.²⁶ De betreffende stichting voor openbaar onderwijs kon daarom volgens de Afdeling niet worden aangemerkt als belanghebbende bij het besluit van de gemeenteraad om geen openbare basisschool op het bij de minister in te dienen plan van scholen op te nemen.

Een strikte uitleg van 48 lid 4 Wpo en artikel 42b lid 4 Wvo heeft in theorie ook betekenis voor de samenwerking tussen openbaar onderwijs en andere maatschappelijke organisaties en roept de vraag op of een stichting voor openbaar onderwijs bijvoorbeeld wel kinderopvang mag aanbieden of andere rechtspersonen kan oprichten, besturen of beheren.²⁷ Een dergelijk beperking lees ik niet in de bewuste bepalingen. Het wettelijke begrip ‘uitsluitend’ verduidelijkt vooral het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs.²⁸ Blijkens een brief van het kabinet uit 2015 over het krimpbeleid om de bewuste bepalingen inderdaad ruim te lezen. Ook het verrichten van andere activiteiten die nauw met het geven van openbaar onderwijs samenhangen, zoals kinderopvang, vallen dan onder de mogelijke statutaire doelstelling.²⁹ Openbare universiteiten hebben die bevoegdheid ook; althans zij maken veelvuldig gebruik van dochtervennootschappen en dochter- en nevenstichtingen die zich richten op verwante activiteiten.

Een opvallende opmerking treffen we nog aan in de memorie van toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht. Ter onderbouwing van de uiteindelijk afgestemde meldingsplicht voor intern toezichthouders, merkte het kabinet in de oorspronkelijke toelichting op dat de plicht van de interne toezichthouder om de inspectie tijdig te informeren ook een plicht is die volgt uit de statutaire doelstelling van privaatrechtelijk vormgegeven onderwijsorganisaties. Die statuten zouden volgens het kabinet als onderdeel van de doelomschrijving ook steeds noemen: “het naleven van verplichtingen uit de onderwijswetgeving”.³⁰ Die opmerking is onjuist en volgt niet uit enige wettelijke bepaling voor het openbaar of bijzonder onderwijs.³¹

26 ABRvS 9 januari 2008, ECLI:N:RVS:2008:BC1528.

27 PO-Raad 2013 en VOS/ABB, Brief aan de Minister van OCW inzake artikel 48 lid 4 Wpo, Woerden, 12 juli 2011.

28 Stb. 1996, 580 (Wet bestuursvormen openbaar onderwijs). Zie ook de Kamerstukken in de dossiers 24137 en 24138.

29 *Kamerstukken II* 2014/15, 31289, nr. 251.

30 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 15.

31 De meldingsplicht werd afgestemd door de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 32451, nr. A.

6.2.3 *Constitutieve voorwaarden van algemeen rechtspersonenrecht*

A. Verboden statutaire doelstelling of werkzaamheid (artikel 2:20 BW)

Een eerste voorbeeld van een constitutieve voorwaarde van algemeen rechtspersonenrecht vinden we in artikel 2:20 BW. Dit artikel bepaalt dat een rechtspersoon kan worden ontbonden als de statutaire doelstelling of werkzaamheid in strijd is met de openbare orde. Dit verbod kwam in 2014 hernieuwd onder de aandacht door een uitspraak van de Hoge Raad inhoudende de inwilliging van het verzoek van het Openbaar Ministerie tot ontbinding van de Vereniging Martijn wegens diens doel en feitelijke werkzaamheden. De Hoge Raad overwoog dat daadwerkelijke ontwrichting niet aan de orde hoeft te zijn en dat ook onderzocht moet worden “of het verbod en de ontbinding van de vereniging in een democratische samenleving noodzakelijk zijn”.³² Gelet op de volgens de Hoge Raad “uitzonderlijk ernstige aard van de onderhavige gedragingen, de aard van de werkzaamheid van de vereniging” oordeelde hij dat in dit geval “bij afweging van alle betrokken rechten en belangen, in een democratische samenleving noodzakelijk is dat de vereniging wordt verboden en ontbonden in het belang van de bescherming van de gezondheid en van de rechten en vrijheden van kinderen”.³³ Bij de Hells Angels was in 2009 een vergelijkbaar verzoek tot verbodenverklaring en ontbinding nog afgewezen.³⁴

B. Ontbinding rechtspersoon door de rechtbank (artikel 2:21 BW)

Artikel 2:21 BW biedt de rechtbank de mogelijkheid om de rechtspersoon te ontbinden als (a) aan zijn totstandkoming gebreken kleven, (b) zijn statuten niet aan de eisen der wet voldoen, (c) hij niet onder de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm valt of als (d) de rechtspersoon de voor zijn rechtsvorm gestelde verboden overtreedt of in ernstige mate in strijd met zijn statuten handelt. Zowel belanghebbenden als het Openbaar Ministerie kunnen de rechtbank verzoeken over te gaan tot een dergelijke ontbinding van een rechtspersoon. Een voorbeeld van het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving van de rechtsvorm is het als stichting hebben van leden. In de praktijk is dat in het onderwijs niet ondenkbaar. Veel gezamenlijk beheerde rechtspersonen kennen bijvoorbeeld een groot aantal aangeslotenen (denk bijvoorbeeld aan de stichtingen samenwerkingsverband passend onderwijs of de beheerstichtingen voor brede scholen). De rechten van deze aangeslotenen kunnen feitelijk overeenkomen met de rechten van leden bij een vereniging.

32 HR 18 april 2014, *JIN* 2014/142 m.nt. J.L.W. Broeksteeg, r.o. 3.10 (Vereniging Martijn).

33 HR 18 april 2014, *JIN* 2014/142 (Vereniging Martijn), m.nt. J.L.W. Broeksteeg, r.o. 3.11.3.

34 HR 26 juni 2009, *JOR* 2009/222 m.nt. Schmieman, i.h.b. r.o. 3.3 en r.o. 3.6 (Hells Angels Harlingen).

C. Uitkeringsverbod (artikel 2:285 lid 3 BW).

Het in artikel 2:285 lid 3 BW opgenomen uitkeringsverbod is voor stichtingen een volgende voorwaarde. Het uitkeringsverbod maakt geen onderdeel uit van de definitie van de stichting, maar is een rechtsnorm waarnaar de stichting heeft te handelen en waaraan haar statuten (en dus haar doel) moeten voldoen. Het uitkeringsverbod brengt mee dat het doel van de stichting niet mag inhouden (i) het doen van uitkeringen aan oprichters of (ii) het doen van uitkeringen aan bestuurders of andere die deel uitmaken van haar organen. Het doen van uitkeringen aan anderen is slechts mogelijk indien en voor zover dat past binnen de statutaire doelstelling en de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Het uitkeringsverbod wil niet zeggen dat een stichting geen winst mag maken. De toets is enkel wat de bestemming van de eenmaal behaalde winst is. Die bestemming moet in lijn zijn met het statutaire doel van de stichting en mag niet tot gevolg hebben dat activiteiten en werkzaamheden worden verricht die voorzien in een stoffelijke behoefte van de bestuurders en/of de oprichters.

De gevoerde discussie in het onderwijs over de omvang van de financiële reserves bevestigt dat onderwijsorganisaties weliswaar geen winstoogmerk hebben en ook geen winsten uitkeren maar soms wel positieve financiële resultaten behalen.³⁵ De te ontvangen publieke bekostiging wordt alleen niet altijd (direct) ingezet omdat veel onderwijsorganisaties de voorkeur geven aan extra reserves. Ook bij de oprichting van een onderwijsorganisatie door personen die later bezoldigd bestuurder of docent worden, kan in theorie discussie bestaan over de vraag of dan niet alsnog in strijd met het uitkeringsverbod wordt gehandeld.³⁶

6.3 BEPERKING VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID IN DE ACTUELE FASE

6.3.1 *Inleiding*

Het bestuur bestuurt, maar die bevoegdheid kan bij wet of bij statuten zijn beperkt. Zo kunnen (rechtspersonenrechtelijke) organen of anderen meer of minder worden betrokken bij de besluitvorming door het bestuur. In deze paragraaf wordt de blik gericht op de statutaire goedkeuringsrechten (6.3.2), enkele van wettelijke goedkeuringsrechten zoals die voortvloeien uit de onderwijswetgeving (6.3.3), de figuur van adviesrechten (6.3.4) en de

35 Commissie Vermogensbeheer Onderwijsinstellingen 2009.

36 Reijnen 2013 met een verwijzing naar W.C.L. van der Grinten, 'De doeleinden der stichting (vervolg)', WPNR 1943/3845.

gevolgen van niet-goedkeuring (6.3.5). Deze rechten hebben alle betekenis voor de besluitvorming in de actuele fase. De onderwijswetgever hanteert soms het begrip goedkeuring en soms het begrip instemming. Dat begrip heeft geen materiële betekenis; reden waarom hierna vooral de term goedkeuring wordt gehanteerd.

6.3.2 *Statutaire goedkeuringsrechten*

In zijn algemeenheid geldt dat – behoudens beperkingen bij wet – de bestuursbevoegdheid van het bestuur slechts kan worden beperkt bij de statuten (artikel 2:44/291 lid 1 BW). Het algemeen rechtspersonenrecht en het stichtingenrecht bevatten geen algemene regeling voor de toekenning van goedkeuringsrechten of het gebruik daarvan. Dat geldt ook voor het omgaan met de gevolgen van het niet verkrijgen van een goedkeuring.

Bij de toekenning van goedkeuringsrechten kan hoogstens worden beoordeeld of toekenning niet leidt tot een strijdigheid met artikel 2:21 lid 1 BW (voldoen van statuten aan de wet en wettelijke omschrijving rechtsvorm). Zo is bij stichtingen denkbaar dat het toekennen van te veel of te zware goedkeuringsrechten tot gevolg heeft dat het ledenverbod wordt overtreden (artikel 2:285 lid 1 BW)). Voorts geldt bij verenigingen en stichtingen dat het bestuur ondanks eventuele beperkingen uiteindelijk wel zelf moet kunnen blijven besturen. Als het bestuur bevoegd is een besluit te nemen, dan moet zij daar ook de volle verantwoordelijkheid voor kunnen nemen. Om die reden kan van amendering van bestuursbesluiten geen sprake zijn. Alsdan is immers sprake van het door een ander dan het bestuur verrichten van daden van bestuur.

Het daadwerkelijke gebruik van een goedkeuringsrecht kan worden getoetst aan de wet, de statuten en de door artikel 2:8 BW gevorderde redelijkheid en billijkheid. De eerste twee normen spreken voor zich met dien verstande dat inhoud, strekking en omvang van het goedkeuringsrecht voldoende ondubbelzinnig uit de statuten moet blijken. De norm van artikel 2:8 BW geldt ook voor de uitoefening van statutaire goedkeuringsrechten. Degene aan wie een statutair goedkeuringsrecht toekomt is bij de organisatie betrokken en moet zich als zodanig jegens de onderwijsorganisatie en diens bestuurders gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. De bij de uitoefening van een goedkeuringsrecht te betrachten zorgvuldigheid wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval. Voor onderwijsorganisaties geldt in elk geval dat de onderwijswet- en regelgeving en de voor de onderwijsorganisatie te gelden branchecode voor goed bestuur een rol spelen bij de beoordeling van het gebruik van goedkeuringsrechten.³⁷ Een persoon of orgaan kan een statutaire goedkeuring uiteraard niet onthouden voor zover dat tot

³⁷ Zie ook Zijlstra 2008, p. 56-57.

misbruik leidt (artikel 3:13 BW) of in strijd zou geraken met de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht (artikel 3:14 BW). Tezamen met de door artikel 2:8 BW gevorderde redelijkheid en billijkheid, betekent dit dat elke onthouding van een goedkeuring motivatie behoeft en dus toetsbaar is.

6.3.3 *Goedkeuringsrechten in de onderwijswetgeving*

De onderwijswetgeving kent meerdere bepalingen op basis waarvan specifieke bestuursbesluiten zijn onderworpen aan een goedkeuring door intern toezichthouders, lokale overheden, medezeggenschap of de minister van OCW. Het juridisch karakter van deze bepalingen verschilt iets. Voor zover sprake is van een aan de overheid op grond van de wet toekomend goedkeuringsrecht, geldt dat een bestuursbesluit zonder die goedkeuring nietig is. Een in het oog springend voorbeeld van zo'n goedkeuringsrecht die direct volgt uit de onderwijswetgeving is de fusietoets onderwijs door de minister van OCW. Zie hierover hoofdstuk 7. In het geval de onderwijswetgeving de onderwijsorganisatie verplicht om goedkeuringsrechten toe te kennen aan anderen dan het bestuur, is dat toekennen een bekostigingsvoorwaarde. Het niet beschikken over een vereiste goedkeuring bij het betreffende bestuursbesluit heeft tot gevolg dat het betreffende besluit nietig of vernietigbaar is.

A. Goedkeuringsrechten ter uitwerking van de zorgplicht scheiding functies bestuur en intern toezicht

Ter uitwerking van de zorgplicht scheiding bestuur en intern toezicht heeft de onderwijswetgever er in alle sectorwetten voor gekozen om de intern toezichthoudende organen ten minste te belasten met drie goedkeuringsrechten: (1) het goedkeuren van de begroting, (2) het goedkeuren van de jaarrekening en jaarverslag en (3) het goedkeuren van de meerjarenbeleidsplannen.³⁸ In de memorie van toelichting bij de Wet goed onderwijs goed bestuur is aangegeven dat de drie genoemde goedkeuringsrechten moeten leiden tot invloed van de intern toezichthouders op het beleid van het bestuur.³⁹ Deze goedkeuringsrechten worden bij de privaatrechtelijk vormgegeven onderwijsorganisaties vrijwel altijd opgenomen in de statuten maar dat is – behoudens de stichtingen voor openbaar onderwijs – geen wettelijke verplichting. In de praktijk hebben veel raden van toezicht uiteraard meer dan de drie genoemde goedkeuringsrechten. Niet alleen omdat de diverse branchecodes voor goed bestuur en intern toezicht in het onderwijs het aantal goedkeuringsrechten verder uitwerken, maar ook om redenen van *best practice*. De bestuursbevoegdheid van het bestuur

38 Zie artikel 17c lid 1 Wpo, artikel 24e1 lid 1 Wvo, artikel 9.1.4 lid 1 Web, artikel 10.3d lid 2 Whw en artikel 9.8 lid 1 juncto artikel 9.51 Whw.

39 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 26.

is verder beperkt doordat niet de bestuurders maar de intern toezichthouders de accountant moeten aanwijzen.

B. Goedkeuringsrechten verzelfstandigd openbaar primair en voortgezet onderwijs

Het verzelfstandigd openbaar primair en voortgezet onderwijs kent een geheel eigen aanvullende regeling, dit om reden van de rol van de gemeenteraad. De Wpo en de Wvo schrijven onder meer voor dat in de statuten van een stichting voor openbaar onderwijs voor besluiten tot statutenwijziging, begroting en jaarrekening goedkeuringsrechten moeten worden toegekend aan de gemeenteraad (artikel 42b lid 6 en lid 7 Wvo en artikel 48 lid 6 en lid 7 Wpo). De onderwijswetgever verplicht de gemeenteraad om het onthouden van goedkeuring aan de begroting te motiveren wegens “strijd (...) met het recht of het met het financiële belang van de gemeente”. Doel van deze motiveringsplicht is de zelfstandigheid van de stichtingen voor openbaar onderwijs te bevestigen. Dit blijkt ook uit de opmerkingen destijds van de regering in de Eerste Kamer. Een gemeenteraad moest “niet op de stoel van het schoolbestuur gaan zitten”.⁴⁰ Bij het niet verlenen van goedkeuring voor de begroting heeft de gemeenteraad de verplichting om vervolgens al die maatregelen te nemen die zij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen (artikel 42b lid 10 Wvo en artikel 48 lid 10 Wpo).

Het rechtskarakter van het besluit van de gemeenteraad om wel/of geen goedkeuring te verlenen is onduidelijk. Aangezien de uitoefening van de wettelijke goedkeuringsrechten voortvloeit uit de publieke taak van de gemeenteraad om te voorzien in voldoende openbaar onderwijs, kan men in theorie stellen dat bij het wel of niet tot goedkeuring overgaan de gemeente (bij monde van de gemeenteraad) handelt in de hoedanigheid van publiekrechtelijk rechtspersoon. Dat zou betekenen dat tegen een besluit van de gemeenteraad tot niet-goedkeuring, de bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure openstaat. Dat lijkt echter niet de bedoeling van de onderwijswetgever te zijn geweest. Die heeft er immers destijds voor gekozen om voor te schrijven dat bedoelde goedkeuringsrechten moeten worden opgenomen in de statuten. Kennelijk staat het privaatrechtelijk rechtskarakter voorop. Het eveneens wettelijk uitgewerkte motiveringsvereiste vult vervolgens het door de overheid te betrachten beginsel van redelijkheid en billijkheid in (artikel 2:8 BW) en kan een rol spelen bij de beoordeling van het eventuele misbruik van de bevoegdheid en de geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht (artikel 3:13 en 3:14 BW).

Bij het als gemeenteraad niet verlenen van een in de statuten geregelde goedkeuring mag die weigering niet zijn gelegen in andere belangen. Deze redenering werd gevolgd door

40 *Handelingen I* 1995/96, 6, p. 142.

de rechter in een uitspraak over een verzelfstandigd gemeentelijk museum uit 1987.⁴¹ De weigering om goedkeuring te verlenen aan het besluit tot benoeming van een directeur was bij dit museum gelegen in een geschil tussen de gemeente en het bestuur over de beleidsvisie van het bestuur van de verzelfstandigde stichting. De burgerlijke rechter liet de kwalificatie van de weigering in het midden en oordeelde dat de betrokken gemeente in strijd handelde met de zorgvuldigheid die hem in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Indien een stichting voor openbaar onderwijs een raad van toezicht kent, zijn de statutaire goedkeuringsrechten van de gemeenteraad ter zake de begroting en de jaarrekening in beginsel niet van toepassing (artikel 48 lid 12 Wpo en artikel 42b lid 12 Wvo). Het uitgangspunt van de wetgever is dat de raad van toezicht deze bevoegdheden als het ware ‘overneemt’ van de gemeenteraad. Zoontjes, Delnooz en Vermeulen in 2006 en de commissie Cohen in 2012 waren van oordeel dat ook bij de keuze voor het raad van toezicht-model de grondwettelijke verantwoordelijkheid van de gemeenteraad voor het openbaar onderwijs het wenselijk maakte dat de gemeenteraad goedkeuring moet verlenen aan de begroting.⁴² De regering gaf echter in 2009 – mede vanwege het optionele karakter van het raad van toezicht-model – de voorkeur aan het in beginsel exclusief beleggen van het goedkeuringsrecht bij de raad van toezicht.⁴³ Deze keuze werd gemotiveerd met de opmerking dat door de verzelfstandiging het openbaar onderwijs geen onderdeel meer uit maakt van de gemeentebegroting (noch van het budgetrecht van de gemeenteraad) en de gewenste ‘volwaardigheid’ van de openbare onderwijsorganisatie. De gemeente moest zonder last van een dubbele pet kunnen opereren in het lokale onderwijsbeleid en het risico dat gemeente ‘te veel op de stoel van het verzelfstandigd bestuur gaat zitten’ moest worden voorkomen.⁴⁴

C. Instemmingsrechten medezeggenschap

Medezeggenschapsraden beschikken over diverse instemmingsrechten. We treffen deze aan in de Wms, de Web, de Whw en de Wor. De wijze van uitoefening van deze rechten, alsmede de alsdan te gelden norm wordt beheerst door de wettelijke medezeggenschapsbepalingen. Als hoofdregel geldt dat bij het onthouden van instemming wordt getoetst of de beslissing tot onthouding van de instemming onredelijk is en of de voorgenomen beslissing van het bestuur van de onderwijsorganisatie gevegd wordt door zwaarwegende organisatorische, economische of sociale redenen.⁴⁵ Het is de bedoeling deze hoofdregel

41 Rb. Breda (President) 31 januari 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AH1573 (Stichting Stedelijk Museum voor Geschiedenis en Oudheidkunde/Gemeente Breda).

42 BOOR 2012, p. 33. Zie ook Huisman & Rogier 2013, par. 2.2 en Zoontjes, Delnooz & Vermeulen 2006, p. 34.

43 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 29.

44 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 37-38.

45 Zie bijvoorbeeld artikel 9.40 lid 5 Whw.

ook vast te leggen voor het funderend onderwijs.⁴⁶ Het bestuur zal zelf moeten motiveren dat van onredelijkheid sprake is en moeten aantonen dat er zwaarwegende redenen zijn om toch tot het besluit over te gaan.

In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs hebben de studenten onder meer een goedkeuringsrecht ten aanzien van de hoofdlijnen van de begroting (artikel 8a.1.6 Web NIEUW, artikel 9.33 lid 2 Whw en artikel 10.16b/20 lid 3 Whw). Tot die hoofdlijn wordt begrepen de beoogde verdeling van middelen op basis van verdeelprincipes over de beleidsterreinen onderwijs, onderzoek, huisvesting, beheer, investeringen en personeel.⁴⁷

De regering was in 2015 van oordeel dat medezeggenschapsorganen in het funderend onderwijs geen goedkeuringsrecht dienden te hebben op de begroting. Volgens de regering zou dit leiden tot medeverantwoordelijkheid van medezeggenschapsorganen voor het bestuur als gevolg waarvan zij het bestuur niet meer onafhankelijk kunnen controleren.⁴⁸ Het argument van onafhankelijkheid lijkt mij vergezocht. Al was het maar omdat dit argument voor alle goedkeuringsrechten geldt. Bovendien geldt dat de personeelsgeleding wel degelijk een zeker instemmingsrecht heeft op de hoofdlijnen van de begroting. Immers, voor zover sprake is van het binnen de onderwijsorganisatie overdragen van bekostiging van een school, heeft de personeelsgeleding een instemmingsrecht zo volgt uit artikel 12 lid 1 onder j Wms. Dit instemmingsrecht ziet op de hoofdlijnen van de interne verdelings- en begrotingssystematiek. Een amendement om de volledige medezeggenschapsraad een instemmingsrecht te geven op de hoofdlijnen van de begroting werd in 2016 uiteindelijk niet aangenomen.⁴⁹ Wel is aangekondigd dat – in elk geval voor het voortgezet onderwijs – de positie van de medezeggenschap mogelijk later wordt versterkt door de toekenning van een instemmingsrecht op de hoofdlijnen van het meerjarig financieel beleid.⁵⁰ Het is voor het kabinet een essentieel punt om de verantwoording over de uitgaven te verbeteren en in breed draagvlak te voorzien voor de besteding van de bekostiging. Omdat van het bestuur verwacht wordt lokale afwegingen en schoolspecifieke omstandigheden mee te nemen, is het volgens de minister van OCW belangrijk dat er op dat niveau, en ook op financieel vlak, kritisch en constructief wordt meegedacht.⁵¹

Een in het oog springend argument om niet over te gaan tot toekenning van te veel instemmingsrechten aan de medezeggenschap is mijns inziens vooral dat dit tot rolvervaging

46 Artikel 32 Wms Nieuw Wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen.

47 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 3, p. 41, *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. 13, p. 133 en *Kamerstukken II* 2014/15, nr. 18, p. 87 en 116.

48 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 13.

49 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 81.

50 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 44, p. 11.

51 *Kamerstukken II* 2015/16, 31289, nr. 274, p. 4.

leidt tussen bestuur, intern toezichthouder en medezeggenschap. Het doorbreekt te zeer het beginsel van bestuursautonomie. Het bestuur moet zelf de verantwoordelijkheid voor het besturen kunnen dragen. Het idee van het onderscheid tussen intern toezicht en medezeggenschap is daarnaast dat de intern toezichthouder zich richt op het functioneren van het bestuur en de continuïteit van de onderwijsorganisatie en de kwaliteit, terwijl de medezeggenschap zich kan richten op belangenbehartiging. Besturen, toezicht houden en belangenbehartiging zijn te onderscheiden rollen. Het toekennen van meer instemmingsrechten vergt een extra investering in de deskundigheid, scholing en begeleiding van de medezeggenschap. Bij verruiming van het aantal bevoegdheden is het mijns inziens in elk geval wenselijk om, zoals ook de fractie van de PvdA in de Eerste Kamer deed, stil te staan bij de vraag of het niet wenselijk is nadere kwaliteitseisen te formuleren voor (leden van de) medezeggenschap.⁵² Een vraag die dan ook gesteld moet worden is hoe om te gaan met de gebrekkige representativiteit van veel medezeggenschapsraden.

In dit verband moet voorts bedacht worden dat met extra rechten ook extra verantwoordelijkheden komen. Voor bestuurders geldt dat zij bestuurlijke verantwoordelijkheid dragen voor moeilijke beslissingen en daar ook – in extremis in privé – op kunnen worden aangesproken. Indirect geldt dat ook voor intern toezichthouders. Leden van medezeggenschapsorganen lopen dat risico niet. Sterker nog, zij hoeven over hun functioneren en beslissingen geen verantwoording af te leggen. Dit verleidt mij tot de opmerking dat in elk geval bij het onthouden van instemming aan besluiten die van ingrijpende betekenis zijn voor het financieel beheer, het raadzaam is na te denken over het aanzetten van de motiveringsplicht. Zorgvuldig motiveren hoort bij betrokken medezeggenschap.

6.3.4 *Adviesrechten*

Naast goedkeuringsrechten is in het onderwijs ook sprake van een grote hoeveelheid aan adviesrechten. De verschijningsvorm van deze adviesrechten verschilt sterk, maar ze hebben alle gemeen dat het bestuur ook bij een negatief advies bevoegd is om over te gaan besluitvorming. Bij goedkeurings- en instemmingsrechtrechten heeft het bestuur die mogelijkheid niet.

Het meest algemene adviesrecht is natuurlijk dat van de intern toezichthouder. Deze heeft in alle sectorwetten tot taak het bestuur ‘met raad terzijde’ te staan.⁵³ Dit met raad terzijde staan van het bestuur wordt ook wel de ‘advies- en klankbordfunctie’ van de intern toezichthouder genoemd. Ook de diverse medezeggenschapsraden hebben adviesrechten, zo

52 *Kamerstukken II* 2014/15, 34035, nr. D, p. 73.

53 Zie hoofdstuk 4.

volgt uit de Wms, de Web, de Whw en de Wor. Het is bij deze adviesrechten mogelijk een onderscheid te maken tussen (1) de wettelijke adviesrechten en (2) het algemeen adviesrecht. Bij een wettelijk adviesrecht heeft de onderwijsorganisatie, vertegenwoordigd door zijn bestuur, de verplichting om voorafgaand aan in elk geval de uitvoering van het besluit advies te vragen. De medezeggenschapsraad heeft op zijn beurt de verplichting om als om zo'n advies wordt verzocht, binnen een redelijke termijn inhoudelijk op die adviesaanvraag te reageren. Het algemeen adviesrecht houdt de bevoegdheid in van elk medezeggenschapsorgaan om het bestuur ongevraagd te adviseren en volgt uit het wettelijke informatie- en vergaderrecht van de medezeggenschapsorganen.⁵⁴

De onderwijswetgever heeft in een aantal gevallen adviesrechten toegekend aan overheden of anderen. Een voorbeeld hiervan is het wettelijk adviesrecht van het college van B&W bij fusies in het primair en voortgezet onderwijs.⁵⁵ Verder wordt omwille van de risico's verbonden aan omvangrijke investeringen in de huisvesting soms overwogen om vast te leggen dat onderwijsorganisaties niet over kunnen gaan tot omvangrijke investeringen in vastgoed als ze daarover niet eerst een kennisinstituut hebben geraadpleegd.⁵⁶ Naast een beperkt aantal wettelijke geregelde adviesrechten voor de overheid is in een aantal gevallen sprake van diverse overleg – en samenwerkingsverplichtingen (zie hoofdstuk 7).

6.3.5 *Gevolgen niet-naleving goedkeurings-, instemmings- of adviesrechten*

Wat zijn de gevolgen van het niet verkrijgen van een goedkeuring, instemming of positief advies? Denkbaar zijn drie routes:

- a. het invoeren van de nietig of vernietigbaarheid van het bestuursbesluit (artikel 2:14/15 BW);
- b. het opleggen van een (bekostiging)sanctie;
- c. het opschorten van het bestuursbesluit (Wms, Web en Whw).

Ad a) Nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit

Indien en voor zover sprake is een wettelijke of statutair goedkeuringsrecht dan is een zonder zo'n goedkeuring door het bestuur genomen besluit nietig (artikel 2:14 BW). Besluiten van het bestuur kunnen ook 'vernietigbaar' zijn (artikel 2:15 BW). Besluiten zijn vernietigbaar (a) wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, (b) wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid geëist door artikel 2:8 BW of (c) wegens strijd met een intern reglement. Een rechter kan tot de

⁵⁴ Artikel 6 en 8 Wms, artikel 8a.2.1 lid 2 Web, artikel 9.32 lid 2 Whw en artikel 10.19 lid 2 Whw.

⁵⁵ Zie over dit adviesrecht van de gemeente hoofdstuk 7.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 65, p. 4.

vernietiging van een besluit overgaan op een vordering van 'iemand' die een redelijk belang heeft bij de naleving van de bewuste verplichting of op vordering van de rechtspersoon zelf. De regel omtrent nietigheid en vernietigbaarheid van bestuursbesluiten moet zo worden uitgelegd dat het besluit van het bestuur zelf, zijnde de wilsverklaring van dat bestuur, aantastbaar is. De nietigheid of vernietigbaarheid heeft daardoor in beginsel slechts interne werking. Als het besluit (indirect) externe werking heeft en/of sprake is van op het besluit voortbouwende rechtshandelingen met derden, dan zijn de met die rechtshandelingen komende gevolgen zelf niet nietig of vernietigbaar.⁵⁷ Dit betekent ook dat voor zover sprake is van statutair goedkeuringsgerechtigden anderen dan die gerechtigden geen beroep kunnen doen op het ontbreken van een eventuele goedkeuring voor een bestuursbesluit of daaraan rechten ontnemen.

Ad b) Het opleggen van een (bekostiging)sanctie

Het niet hebben verkregen van een enkel op grond van de statuten vereiste goedkeuring voor een bestuursbesluit heeft geen gevolgen voor de bekostiging. Voor zover het betreft bestuursbesluiten waarvoor op grond van de onderwijswet- en regelgeving in de statuten of bestuursreglement een goedkeuringsrecht moet worden opgenomen, is alleen het niet opnemen van dat recht een reden voor oplegging van een (bekostiging)sanctie.

Goedkeuringsrechten die door de onderwijssectorwet rechtstreeks zijn toegekend aan overheden kunnen wel leiden tot een sanctie. Indien bijvoorbeeld een fusie wordt aangegaan zonder voorafgaande goedkeuring door de minister van OCW, dan handelt de onderwijsorganisatie in strijd met de wet en kan een bekostigingssanctie volgen of worden overgegaan tot publiekrechtelijke handhaving anderszins.⁵⁸ Dit geldt ook indien de onderwijsorganisatie in strijd handelt met de Wms of een andere in de onderwijswetgeving uitgewerkte medezeggenschapsregeling. Ook dan kan in theorie een bekostigingssanctie volgen. Uit de toelichting bij Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen blijkt wel dat het kabinet bij medezeggenschapsgeschillen in eerste instantie voorstander is van terughoudendheid tijdens de Inspectie van het Onderwijs bij medezeggenschapsgeschillen. Het is niet de wens om de diverse geschillencommissie voor de voeten te lopen en zich te mengen

57 De enige uitzondering op deze regel wordt gevormd door artikel 2:291 lid 2 BW. Als sprake is van een statutaire goedkeuring bij besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt, dan tast het ontbreken van die goedkeuring ook de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de stichting aan. De stichting kan alsdan jegens de betrokken derde een beroep doen op het eventuele ontbreken van de goedkeuring en is daardoor niet gebonden aan de oorspronkelijke rechtsverhoudingen.

58 T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Fusies in het primair, speciaal en voortgezet onderwijs: handvatten bij de toepassing van de fusietoets', *School en Wet* 2013/1, p. 12-19

in medezeggenschapsgeschillen.⁵⁹ Het initiatief voor de ‘handhaving’ van de bevoegdheden van de medezeggenschap berust dan ook in eerste instantie bij de medezeggenschapsraden zelf.

Ad c) Opschorting bestuursbesluit

Als de medezeggenschapsraad een instemmingsrecht heeft maar geen instemming verleent, kunnen de bestuurders van de onderwijsorganisatie in het primair en voortgezet onderwijs het geschil voor leggen aan de landelijke geschillencommissie medezeggenschap. Deze geschillencommissie is bevoegd een bemiddelingsvoorstel te doen en beoordeelt of de medezeggenschapsraad “in redelijkheid tot het onthouden van instemming heeft kunnen komen” of dat sprake is van “bepaalde zwaarwegende omstandigheden” die het bestuursvoorstel “rechtvaardigen” (artikel 32 lid 3 Wms). De uitspraak van de commissie is bindend en tegen de uitspraak staat beroep open bij de Ondernemingskamer. Op het moment dat de medezeggenschapsraad een negatief advies geeft is het bestuur van de onderwijsorganisatie verplicht het besluit met zes weken op te schorten en kan de medezeggenschapsraad aan de landelijke geschillencommissie medezeggenschap het verzoek doen om te bemiddelen. De landelijke geschillencommissie medezeggenschap kan alsdan beoordelen of (a) door het niet of niet geheel volgen van het advies “de belangen van de school of van de medezeggenschapsraad ernstig worden geschaad” en (b) of het bestuur van de onderwijsorganisaties “bij afweging van de betrokken belangen (...) in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen” (artikel 34 lid 2 en lid 3 Wms).

In de Web en de Whw is een enigszins vergelijkbare geschillenregeling opgenomen (artikelen 8a.4.1-8a.4.4 Web en artikelen 9.38c-9.46 juncto artikel 10.26 Whw). In het hoger onderwijs wordt ervan uitgegaan dat alvorens de stap naar de geschillencommissie wordt gezet, eerst door de medezeggenschap met de raad van toezicht wordt besproken dat er een potentieel geschil is.

6.4 PRIVAATRECHTELIJKE INTERVENTIES GERICHT OP DE BESTUURDER IN DE CORRECTIEVE FASE

6.4.1 Inleiding

Als het mis is gegaan bij een onderwijsorganisatie of als er twijfels zijn over het bestuurlijk handelen door de bestuurder, kan de vraag opkomen of de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. Naast de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid is ook

⁵⁹ Kamerstukken II 2014/15, 34251, nr. 3, p. 22.

denkbaar dat een verzoek wordt gedaan aan de rechtbank tot ontslag van de bestuurder, of het opleggen van een bestuursverbod, of aan de Ondernemingskamer tot het verrichten van een enquête-onderzoek.

In deze paragraaf wordt stil gestaan bij de privaatrechtelijke interventies die kunnen worden ingezet nadat een bestuurder heeft gehandeld of heeft nagelaten. Het gaat om de correctieve fase. In paragraaf 6.4.2 wordt ingegaan op de bestuurdersaansprakelijkheid. De mogelijkheid van ontslag van een bestuurder door de rechtbank en het civielrechtelijk bestuursverbod komen in de paragrafen 6.4.3 en 6.4.4 aan bod. Afgesloten wordt in paragraaf 6.4.5 met een korte beschouwing op het enquêterecht.

Moment van beoordeling

Het gebruik van een privaatrechtelijk instrument in de correctieve fase, geschiedt altijd nadat de handeling of het nalaten heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat ook achteraf een oordeel wordt gevormd over het functioneren van de bestuurder. Hoewel formeel-juridisch het uitgangspunt is dat het functioneren en de (on)behoorlijkheid van de taakvervulling door de bestuurder moet worden beoordeeld naar hetgeen de bestuurder (of de intern toezichthouder) op het moment van handelen of nalaten voorzag of kon voorzien, is dat niet eenvoudig.⁶⁰ Kroeze wees in 2006 op het risico van afvinkgedrag en 'bange bestuurders'.⁶¹ De Kluiver onderschreef deze kritiek in 2014 en was van oordeel dat het bij incidenten in de non-profit en semipublieke sector eigenlijk ontbreekt aan een serieuze juridische analyse.⁶² Hij vond daarom dat de voorstellen in het oorspronkelijke consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wel politiek daadkrachtig leken, maar niet een analyse en oplossing van de werkelijke vraagstukken van goed bestuur bevatten. Hij wees er daarbij op dat uit enkele voorbeelden in de zorg bleek dat rechters de waarschuwing om niet *in hindsight* te oordelen, eigenlijk niet strikt genoeg hanteerden.

Bestuurder maakt onderdeel uit van een collectief

Een tweede algemene opmerking ziet op het gegeven dat een bestuurder altijd onderdeel is van een gemeenschap. De diverse privaatrechtelijke interventie-instrumenten richten zich op de bestuurder als persoon, maar die bestuurder werkt samen met het personeel in zijn organisatie en externe adviseurs, heeft overleggen, bespreekt zaken met medezeggenschap en intern toezichthouder en kan deel uitmaken van een meerhoofdig bestuur. Zeker in het onderwijs besluit en handelt een bestuurder eigenlijk nooit alleen.

60 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 6 februari 2014, www.internetconsultatie.nl, p. 7, met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1984/85, 16631, nr. 6, p. 3, *Handelingen II* 1984/85, 16631, p. 6337, HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 en HR 8 juni 2001, JOR 2001/171 (Panmo).

61 Kroeze 2006.

62 De Kluiver 2014.

Het algemeen rechtspersonenrecht gaat ervan uit dat bestuursbesluiten worden genomen door het bestuur, dat besturen een collectieve verantwoordelijkheid is en dat – ongeacht een eventuele interne verdeling van bestuurstaken – de verantwoordelijkheid voor de vervulling van een bestuursstaak als onderdeel van het bestuursbeleid in zijn geheel blijft berusten bij het bestuur.⁶³ De benadering is dat van een bestuurder mag worden verwacht dat hij zijn taak op een zorgvuldige wijze vervult. Hij dient zijn taak te vervullen op een wijze zoals die naar algemeen inzicht van een bekwaam bestuurder van een onderwijsorganisatie in redelijkheid mag worden verwacht. Deze regel is ontleend aan het Staleman/Van der Ven-arrest uit 1997.⁶⁴

Het Burgerlijk Wetboek en de jurisprudentie gaan dus uit van collectief bestuur.⁶⁵ Het uitgangspunt dat besturen een collectieve verantwoordelijkheid is, botst soms met de wens het handelen van bestuurders individueel te beoordelen. In de literatuur leidt dat met enige regelmaat tot een discussie over de vraag of de verwijten aan individuele bestuurders geheel persoonlijk van aard moeten zijn of niet.⁶⁶ Mede naar aanleiding van het arrest Tulip Air uit 2014 lijkt inmiddels de lijn te zijn dat bij een privaatrechtelijke interventie gericht op de individuele bestuurder, en in elk geval bij bestuurdersaansprakelijkheid, uiteindelijk sprake moet zijn van een aan de bestuurder te maken “persoonlijk ernstig verwijt”.⁶⁷

Doorbreking van de beschermende wal van de rechtspersoon

Een bestuurder vertegenwoordigt zijn onderwijsorganisatie. Gelet op zijn bestuursstaak zal hij doorgaans leiding geven aan het handelen van de rechtspersoon, neemt hij beslissingen en heeft hij soms ook een duidelijk initiële rol. Dit heeft als gevolg dat een bestuurder bij conflicten tussen de onderwijsorganisatie en anderen al snel het gezicht naar buiten is en ook als persoon in beeld komt. Dat hoort bij zijn rol als bestuurder.

Bij een geschil tussen de onderwijsorganisatie en een ander brengt de rechtspersoonlijkheid mee dat – ook al is de bestuurder duidelijk in beeld – die ander zich in beginsel slechts kan wenden tot de onderwijsorganisatie. De onderwijsorganisatie is de partij die mogelijkerwijs de verbintenis niet is nagekomen of onrechtmatig heeft gehandeld. Voor zover het handelen van een onderwijsorganisatie onrechtmatigheid oplevert, kan dat een bestuurder niet in persoon worden toegerekend. De rechtspersoonlijkheid van de onderwijsorganisatie vormt een beschermende wal.

⁶³ Schild 2014.

⁶⁴ HR 10 januari 1997, NJ 1997/360.

⁶⁵ Van Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 189 en HR 6 april 1936, NJ 1936, 1045 m.nt. E.M. Meijers (Zeeffabriek Frans Duller).

⁶⁶ Karapetian 2014 en Van Bakkum 2014.

⁶⁷ HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze, AA 2014/933 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers en NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air), r.o. 3.5.2.

Ook al is een bestuurder het gezicht naar buiten, voor een op de bestuurder gerichte privaatrechtelijke interventie is door deze beschermende wal meer vereist.⁶⁸ De hoge drempel voor bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid jegens derden “wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de [rechtspersoon, MN] en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”.⁶⁹ Het gaat bij interventies direct gericht op de bestuurder uiteindelijk om uitzonderlijke gevallen. Van het bestaan van privaatrechtelijke interventie-instrumenten kan echter wel degelijk schaduwwerking uitgaan.

Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

De regering is voornemens een deel van de in deze paragraaf te bespreken privaatrechtelijke interventie-instrumenten aan te passen. Dit blijkt uit het ingediende wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.⁷⁰ Dit wetsvoorstel beoogt voor alle rechtspersonen de regels voor taakvervulling door bestuurders en toezichthouders en de regels voor aansprakelijkheid in geval van onbehoorlijke taakvervulling te uniformeren, alsmede de criteria voor ontslag van bestuurders en commissarissen van stichtingen te moderniseren. In reactie op de internetconsultatie van dit wetsvoorstel in de literatuur is vrij veel kritiek op de voorstellen geuit.⁷¹ In de zomer van 2016 werd het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in aangepaste vorm alsnog ingediend.⁷²

6.4.2 Bestuurdersaansprakelijkheid

A. Interne en externe aansprakelijkheid bestuurders

Bestuurders van onderwijsorganisaties zijn slechts in uitzonderlijke gevallen persoonlijk aansprakelijk voor schade die zij veroorzaken verband houdende met hun functioneren als bestuurder bij de onderwijsorganisatie.⁷³ Het volgende onderscheid is mogelijk:

68 Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3578 (Bestuurder Catharinaziekenhuis), r.o. 3.6.2.

69 HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (Willem's/NOM), r.o. 5.3, HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze, AA 2014/933 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air), r.o. 3.5.2 en recentelijk ook Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3578 (Bestuurder Catharinaziekenhuis), r.o. 3.7.1.

70 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2 (wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

71 Zie voor een overzicht van de commentaren en kritieken naast www.internetconsultatie.nl ook H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Over ondernemingsrecht in tijden van toezicht', *NJB* 2015/735, p. 993-1005 en H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Bezinnen en verkennen: ondernemingsrecht in de private en semipublieke sector', *NJB* 2014/796, p. 1029-1041.

72 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2 (Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen).

73 Hendrikse 2009.

- aansprakelijkheid jegens de onderwijsorganisatie wegens onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW; interne aansprakelijkheid);
- aansprakelijkheid jegens een derde wegens onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW; externe aansprakelijkheid);
- aansprakelijkheid jegens de boedel bij faillissement wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur verplichtingen (artikel 2:300a BW juncto artikel 2:138 BW; boedelaansprakelijkheid);
- aansprakelijkheid jegens de werkgever (artikel 7:677 lid 3 BW; schadeplichtigheid bij ontslag op staande voet vanwege opzet of schuld);
- aansprakelijkheid jegens de onderwijsorganisatie als opdrachtgever (artikel 7:686 BW; ontbinding vanwege wanprestatie en schadevergoeding).

Het onderscheid tussen interne en externe aansprakelijkheid is minder scherp dan deze op het oog lijkt. Zo wordt algemeen aangenomen dat een vordering in verband met interne aansprakelijkheid kan worden gecedeerd door de rechtspersoon die het betreft. Die cessie kan ook aan de overheid worden gedaan.⁷⁴ Voorts geldt dat zowel bij interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) als bij externe aansprakelijkheid (artikel 6:162 BW) het uitgangspunt is dat de bestuurder een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm moet hebben geschaad.

Onder andere Hendrikse, Lennarts en Overes maken in dit verband onderscheid in de verplichting van bestuurders tot zorgvuldig handelen (*duty of care*) en de verplichting van bestuurders om zich loyaal tegenover de eigen rechtspersoon op te stellen (*duty of loyalty*).⁷⁵ De norm van behoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:9 BW werkt deels door in de wijze waarop artikel 6:162 BW moet worden gelezen maar – zoals hierna wordt opgemerkt – niet ten volle. De hoofdlijn is uiteindelijk dat van een bestuurder wordt verwacht dat hij zijn taak op een zorgvuldige wijze vervult en dat hij dat doet zoals naar algemeen inzicht van een bekwaam bestuurder van een onderwijsorganisatie in redelijkheid mag worden verwacht.⁷⁶ De bestuurder is verantwoordelijk voor het naleven van de wettelijke en statutaire verplichtingen en daaronder vallen in beginsel ook het bevorderen van de naleving van bijzondere onderwijswet- en regelgeving door de onderwijsorganisatie. De *duty of loyalty* brengt voor bestuurders de verplichting mee om zich loyaal jegens de eigen onderwijsorganisatie op te stellen en zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de eigen onderwijsorganisatie en de door die organisatie in stand gehouden scholen.

⁷⁴ Zie o.a. Rb. Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126 (CSZ/Hestia).

⁷⁵ Hendrikse 2009, par. 5, Lennarts, p. 142-144 en Overes 2015, p. 519.

⁷⁶ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven)

Voor de uitleg van de grond van potentiële interne en externe aansprakelijkheid van bestuurders, wordt hierna met regelmaat een beroep gedaan op de vennootschapsrechtelijke literatuur en jurisprudentie. De positie van bestuurders verschilt wat de grondslagen voor aansprakelijkheid betreft echter niet. Zij zijn, aldus Overes, op ‘dezelfde voet’ aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur.⁷⁷

B. Interne bestuurdersaansprakelijkheid

“Ernstig verwijt”: rechterlijke lat ligt hoog

De ‘rechterlijke lat’ voor bestuurdersaansprakelijkheid ligt hoog. Dit volgt uit de beschermende werking van de rechtspersoonlijkheid, de persoonlijke benadering en het gegeven dat altijd moet worden teruggekeken naar het moment van taakvervulling. De vraag is steeds of de bestuurder – op het moment van zijn taakvervulling – heeft gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁷⁸ Dit geldt ook voor bestuurders van semipublieke organisaties.⁷⁹ Geen redelijk handelend bestuurder zou, op dat moment, aldus gehandeld moeten hebben.⁸⁰

Het criterium is dat de bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt, aldus het *Staleman/van der Ven*-arrest.⁸¹ Zonder ernstig verwijt, geen onbehoorlijke taakvervulling.⁸² Bij de beoordeling van de vraag of daarvan sprake is, kunnen onder meer de volgende omstandigheden een rol spelen:

- de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;⁸³
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s;⁸⁴

77 Overes 2015, p. 517.

78 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*) en *Kamerstukken II* 1984/85, 16631, nr. 6, p. 3.

79 Hendrikse 2009 en Overes 2013. Zie voor een bekend voorbeeld naast *Servatius* ook Rb. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3957 en Hof Arnhem 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARN:2013:CA0919 (*Vestia*).

80 HR 7 juni 1996, *NJ* 1996/695 (*Van Zoolingen*) en HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (*Panmo*) alsmede *Handelingen II* 1984/85, 16631, p. 6337.

81 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1: “Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.”

82 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 m.nt. S.M. Bartmann (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), r.o. 3.4.5.

83 Zie o.a. Rb. Arnhem (vzr.) 21 mei 2008, r.o. 4.39, *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas*).

84 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1 en Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas*) r.o. 4.39.

- de taakverdeling binnen het bestuur;⁸⁵
- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen;⁸⁶
- de gegevens waarover de bestuurders beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen;⁸⁷ alsmede,
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁸⁸

Indien er sprake is van een tekortkoming in de bestuurlijke taakvervulling die een ‘ernstig verwijt’ oplevert, is de bestuurder in beginsel aansprakelijk jegens de eigen onderwijsorganisatie. Een bestuurder mag zich niet slechts passief opstellen.⁸⁹ Bij een beroep op disculpatie ligt de bewijslast in beginsel bij de bestuurder zelf.⁹⁰ Desalniettemin en onverminderd de collectieve bestuurstaak lijkt inmiddels wel de lijn te gelden dat elke bestuurder in zekere mate een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ te maken moet zijn.⁹¹

Het is blijkens het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen de bedoeling om in Boek 2 Burgerlijk Wetboek vast te leggen dat bestuurders en commissarissen van alle soorten private rechtspersonen jegens de rechtspersoon geheel aansprakelijk zijn terzake van onbehoorlijke vervulling van respectievelijke de bestuurstaak en de toezichthoudende taak (artikel 2:9b lid 1 en 11 lid 4 BW Nieuw).⁹² In het voorafgaande consultatiedocument werd in dit verband overwogen dat bestuurders en commissarissen “die hun taak naar eer en geweten en zorgvuldig vervullen niets te vrezen (hebben)”.⁹³ Het zou “niet de bedoeling [zijn, MN] dat bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan ook in het geval van een onopzettelijke vergissing, een onopzettelijk verkeerde beslissing of een verkeerde beleidsbeslissing aansprakelijk kunnen zijn en dus voor elke kleine fout een groot aansprakelijkheidsrisico lopen. De onderliggende norm van ‘kennelijk onbehoorlijk’ en ‘ernstig verwijt’ blijven behouden en daarmee ook de toelichting in het memorie van antwoord

85 Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 (Stichting Freule Lauta van Aysma).

86 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1. “De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dat verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt”, aldus Hof Arnhem-Leeuwarden, 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5255, r.o. 5.22.

87 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (Beklamel).

88 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5255, r.o. 5.22.

89 Rb. Amsterdam 11 november 2009, RO 2010/4, *JOR* 2010/123 (Stichting Derdengelden).

90 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 m.nt. S.M. Bartmann (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) en HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (NOM).

91 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze, AA 2014/933 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers en *NJ* 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air), r.o. 3.5.2.

92 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 1-2.

93 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 6

uit 1983 bij de Derde anti-misbruikwet.⁹⁴ In die conceptmemorie werd bij de bespreking van het criterium ‘onbehoorlijk bestuur’ gewezen op het gevaar van oordelen achteraf en merkte de regering op dat bij “achteraf beschouwd onjuiste calculaties, verkeerde inschattingen van economische factoren, het bewust nemen van bepaalde risico’s, het zich onvoldoende hebben ingedekt tegen economische tegenslagen” van onbehoorlijk bestuur geen sprake hoeft te zijn. De regering overwoog hierover destijds dat “buiten kijf moet staan (...) dat er in geval van twijfel (de «grijze zone») geen aansprakelijkheid ontstaat”.⁹⁵ Het te snel aannemen van onbehoorlijke taakvervulling zou niet mogelijk moeten zijn en ‘onbehoorlijk’ moest volgens de regering dan ook worden onderscheiden van criteria als “«onzakelijk», «ondoordacht», «onverstandig»”.⁹⁶ De aangehaalde passages uit de conceptmemorie zijn in het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel komen te vervallen.⁹⁷ De aandacht lijkt enigszins te zijn verschoven van verruiming naar uniformering van de norm voor taakvervulling van bestuurders en commissarissen (“richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie”; artikel 2:9 lid 3 BW Nieuw en artikel 2:11 lid 4 BW Nieuw) voor alle rechtspersonen, uniformering van de regels voor aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement (artikel 2:9c en 2:11c BW Nieuw).

Toenemende aandacht voor zorgvuldigheid en kwaliteit besluitvormingsproces

De afgelopen jaren lijkt bij onderzoekers en rechters een behoefte te ontstaan aan het beoordelen van de zorgvuldigheid en de kwaliteit van het besluitvormingsproces. Voorbeelden daarvan zijn te vinden bij Stichting Jeugdzorg Noord-Brabant, Meavita en ROC Leiden.⁹⁸ Bij Stichting Jeugdzorg Noord-Brabant was de verweten gedraging het aangaan van te dure huurovereenkomsten. Het Hof Den Bosch plaatste die beslissing in breder perspectief en merkte de niet-marktconforme huur aan als één van de omstandigheden van het geval. Tot de omstandigheden van het geval rekent het Hof, de aard van de door de rechtspersoon uit te oefenen activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze

94 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 6 met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4.

95 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4.

96 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4.

97 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3.

98 Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (Stichting Jeugdzorg Brabant), Hof Amsterdam 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (FNV/Stichting Meavita c.s.) en *Ontspoorde ambitie* 2015. De verwachting in maart 2016 is dat in de zaak Meavita hoger beroep wordt ingesteld. Bij ROC Leiden was in februari 2016 nog geen sprake van een rechterlijke uitspraak.

nauwgezet vervult.⁹⁹ Na uitgebreide bespreking van de verschillende omstandigheden werd geconcludeerd dat de bestuurder van Stichting Jeugdzorg Noord-Brabant geen ernstig verwijt kon worden gemaakt. In de zaken Meavita en ROC Leiden stond niet de vraag centraal of de bestuurders persoonlijk aansprakelijk waren, maar werd wel geoordeeld over hun bestuurlijk functioneren. De Ondernemingskamer wees bij Meavita op het belang van zorgvuldigheid en de verlangde aandacht van bestuurders bij ingrijpende besluiten voor het voorkomen van onnodige risico's. De Ondernemingskamer overwoog omtrent het fusiebesluit dat er onvoldoende aandacht was besteed aan de voorbereiding, uitwerking en uitvoering van de fusie en wees onder meer op het ontbreken van (de vastlegging van) een financiële en risicoparaagraaf.¹⁰⁰ De onderzoekscommissie bij ROC Leiden gaf aan dat het bestuur te weinig scherp was geweest op de aanwezigheid van de benodigde competenties, dat het besluitvormingsproces in die aanvangsfase van het traject naïeve kenmerken vertoonden, dat geen sprake was van duidelijke besluitvorming en expliciete reflectie. In zijn geheel meende zij daarom dat de besluitvorming van het bestuur "niet ordentelijk is verlopen".¹⁰¹ Het als gevolg daarvan nemen van beslissingen met verregaande of onoverzienbare (financiële) consequenties zonder volgens de onderzoekscommissie deugdelijke voorbereiding was volgens haar voldoende aanleiding voor nader onderzoek naar de aanwezigheid van gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁰²

Dat van bestuurders verwacht mag worden dat het besluitvormingsproces zorgvuldig wordt ingericht, staat buiten kijf. Zij behoren voldoende tegenspraak te organiseren, ruimte te bieden voor reflectie en evaluatie en juist bij risicovolle besluiten is extra aandacht en zorgvuldigheid geboden. De gedragsnorm van zorgvuldigheid is in die zin *best practice*. Een vervolgvraag is of het niet voldoen aan deze gedragsnorm snel aanleiding kan zijn voor het oordeel dat een bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. De valkuil bij de gedragsnorm zorgvuldigheid is het gezegde "zoekt en gij zult vinden". Onzorgvuldige besluitvorming als zodanig is relatief eenvoudig te objectiveren met verwijzing naar het niet of onvoldoende vastleggen van afspraken, het ontbreken van afwegingen of onvoldoende evaluaties. Daar staat tegenover dat ook bij een onzorgvuldige besluitvorming, ten tijde van de besluitvorming an sich nog geen sprake hoeft te zijn van ernstige verwijtbaarheid. Alles te uitgebreid onderzoeken, afwegen en vastleggen kost zeer veel tijd en energie en leidt uiteindelijk tot het vastlopen van het besluitvormingsproces. Ook dat getuigt niet van goed bestuur.

99 Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (Stichting Jeugdzorg Brabant), r.o. 6.4.1.

100 Hof Amsterdam 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (FNV/Stichting Meavita c.s.), r.o. 6.15, 6.16 en 6.19.

101 *Ontspoorde ambitie* 2015, p. 78.

102 *Ontspoorde ambitie* 2015, p. 90. De uitkomst van dat onderzoek was in februari 2016 nog niet bekend.

De aandacht voor de gedragsnorm zorgvuldigheid lijkt in zekere zin een uiting van de behoefte aan objectivering van externe oordelen over het bestuurlijk handelen. Kennelijk is de norm van ‘ernstige verwijtbaarheid’ als zodanig moeilijk handen en voeten te geven. De nadere gedragsnorm zorgvuldigheid biedt dan uitkomst. Het in externe onderzoeken uitgebreid aandacht besteden aan de zorgvuldigheid of de ordentelijkheid en het leggen van een relatie met bestuurdersaansprakelijkheid wringt vooral bij meer beleidsmatig ingestoken en door de overheid geïnstigeerde onderzoeken. Immers, alsdan bestaat vaak mede behoefte aan het trekken van bestuurlijk-politieke lessen voor de toekomst. Die onderzoeksdoelstelling verhoudt zich slecht met het uitgangspunt dat voor bestuurdersaansprakelijkheid juist moet worden gekeken naar het moment van handelen of nalaten.

Niet-naleven wettelijke voorschriften die de onderwijsorganisatie beogen te beschermen

De hoofdregel die kan worden ontleend aan het *Berghuizer Papierfabriek*-arrest uit 2002 is dat als een bestuurder handelt in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen dit als een zwaarwegende omstandigheid wordt aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.¹⁰³ Dat bestuurders van semipublieke organisaties intern aansprakelijk kunnen worden gesteld is onder meer bevestigd in de uitspraken bij de woningcorporaties Rentree en Servatius.¹⁰⁴ Uit beide uitspraken blijkt niet alleen een neiging om van bestuurders een hoge mate van zorgvuldigheid te verlangen. Ook wordt grote waarde gehecht aan het betrekken van (beperkte) schendingen van wet- en regelgeving die de belangen van de rechtspersoon beogen te beschermen in het oordeel over het behoorlijk vervullen van de bestuurlijke taak. Tot die belangen worden wel begrepen de belangen van de rechtspersoon zelf als degenen die overigens krachtens de wet en de statuten bij de rechtspersoon zijn betrokken.¹⁰⁵

De regel dat schending van wet- en regelgeving die de belangen van de rechtspersoon beoogt te beschermen een zwaarwegende omstandigheid is die in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder, werd in elk geval door de rechtbank bij Entree geplaatst in dezelfde hoofdregel als het *Berghuizer papierfabriek*-arrest.¹⁰⁶ Bij Rentree ging het om een in het kader van de Woningwet en het Besluit Sociale Sector Huurwoningen (BBSH) vastgestelde circulaire waarin was aangegeven dat grondspeculatie niet was toegestaan. Die circulaire beoogde het publieke belang te beschermen. Een vervolgvraag is of een dergelijke nadere hoofdregel wel wenselijk is; zeker in het onderwijs nu deze sector zich kenmerkt door zeer complexe wetgeving en steeds fijnmaziger maar wel open geformuleerde zorgplichten. Bij

103 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

104 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, JOR 2014/90 m.nt. Y. Borius (Servatius) en Rb. Midden Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, JIN 2015/12 m.nt. F. Oostlander (Woningstichting Rentree). In de zaak Rentree liep in februari 2016 nog een hoger beroep.

105 HR 29 november 2002, JOR 2003/2 m.nt. S.M. Bartmann. (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek), p. 8.

106 Rb. Midden Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, JIN 2015/12 m.nt. F. Oostlander (Woningstichting Rentree), r.o. 4.10.

de woningcorporatie Rentreë oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland achteraf dat landbouwgrond te duur was aangekocht nu de bestemming op het moment van aankoop nog niet was gewijzigd. Het betreffende besluit was intern voorbereid en er was sprake geweest van externe advisering. Het ernstige verwijt zag volgens de rechtbank zowel op de grondtransactie zelf als op het niet-overeenkomen van een nabetalingsregeling bij daadwerkelijke bestemmingswijziging.¹⁰⁷ Het bijzondere aan de uitspraak is dat de rechtbank overwoog dat (a) juist van een bestuurder van een woningcorporatie extra zorgvuldigheid mocht worden verwacht en dat (b) de grondtransactie zelf werd aangeduid als ontoelaatbare speculatie: “Het is een essentieel onderdeel van de taak van het bestuur van een stichting zoals [eiseres], die verantwoordelijk is voor een publieke taak (sociale woningbouw), om een zorgvuldig financieel beleid te voeren en het lopen van grote financiële risico’s is daarmee niet verenigbaar.”¹⁰⁸ Bij Servatius was sprake van een door de minister van VROM gegeven aanwijzing die bepaalde dat de financiële deelname van Servatius in een campus-project beperkt moest blijven. Nadat was geconcludeerd dat de statutair-directeur in strijd met de aanwijzing toch garanties had afgegeven, werd onder verwijzing naar het arrest *Berghuizer Papierfabriek* overwogen dat dit als een zwaarwegende omstandigheid moest worden aangemerkt welke in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigde.¹⁰⁹

Wat is nu de betekenis van de uitspraken Rentreë en Servatius voor de bestuurder van een onderwijsorganisatie? Op het moment dat een bestuurder van een onderwijsorganisatie (1) eerdere adviezen niet opvolgt, (2) geheel zelfstandig besluit tot een financieel risicovolle transactie en (3) daarbij ook nog eens in strijd handelt met de bijzondere onderwijswet- en regelgeving die beogen de onderwijsorganisatie te beschermen, vormt dat in potentie een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens “persoonlijk ernstig verwijt” vestigt.

De vervolgvraag is of dat een Wet van Meden en Perzen moet zijn. Opmerking verdient mijns inziens allereerst dat de onderwijswet- en regelgeving zeer complex, vaak inconsistent en door zijn fijnmazigheid soms moeilijk kenbaar is. Daarnaast geldt dat de hoge maatschappelijke verwachtingen en de diverse goedkeuringsrechten de handelingsvrijheid van bestuurders beperkten. Bestuurders werken samen, zijn afhankelijk van anderen en specifieke rechtshandelingen zijn vaak een gevolg van langdurige interne en externe adviestrajecten en complexe besluitvormingsprocessen. Deze beperktere handelingsvrijheid behoeft

107 Rb. Midden Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, *JIN* 2015/12 m.nt. F. Oostlander (Woningstichting Rentreë).

108 Rb. Midden Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, *JIN* 2015/12 m.nt. F. Oostlander (Woningstichting Rentreë), r.o. 4.23.

109 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:ROBBR:2013:6455, *JOR* 2014/90 m.nt. Y. Borius (Servatius), r.o. 5.2.12.

betrokken te worden bij de beoordeling van de mate waarin een bestuurder als privépersoon verantwoordelijk en aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van het bestuurlijk beleid.¹¹⁰ In elk geval behoort de enkele niet-naleving van onderwijswet- of regelgeving alleen – in mijn opvatting – niet te leiden tot een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Om het juridische onderscheid tussen organisatie en bestuurder voldoende recht te doen, moet er echt en aantoonbaar meer aan de hand zijn.

Het zonder meer aanvaarden van de regel dat elke niet-naleving van een wettelijk voorschrift een zwaarwegende omstandigheid zou opleveren die in beginsel aansprakelijkheid wegens ernstig verwijt vestigt, behoort mijns inziens niet te snel te worden aanvaard. Juist in het onderwijs is sprake van veel zorgplichten, de diverse bekostigingsvoorwaarden laten veel ruimte voor interpretatie en de hieruit voortvloeiende verplichtingen richten zich in eerste instantie op de onderwijsorganisatie en niet op de individuele bestuurder. De enkele niet-naleving van een onderwijsrechtelijke zorgplicht, behoort daarom mijns inziens niet bij voorbaat te leiden tot het in beginsel vestigen van aansprakelijkheid wegens ernstig verwijt. Het aanvaarden van een dergelijke regel past bovendien niet bij de rechtspersonenrechtelijke bestuursautonomie. Bestuurders moeten kunnen besturen. Te snel rechterlijk ingrijpen of de mogelijkheid daartoe, aldus ook Assink en Olden, leidt tot onnodig risicomijdend bestuurlijk gedrag en herbergt het gevaar dat de rechter zonder voldoende kennis bestuurders op de vingers tikt en gedragingen van bestuurders beoordeelt met wijsheid achteraf.¹¹¹ Reeds die erkende nadelen van bestuurdersaansprakelijkheid nopen bij het beoordelen van bestuurlijke beleidsbeslissingen tot enige prudentie. Die prudentie is ook van waarde bij de weging van een handeling in strijd met de onderwijswet en -regelgeving. Het niet naleven van een wettelijk voorschrift wil nog niet zeggen dat dit bewust of verwijtbaar is. Het moet duidelijk gaan om een schending van een kenbare en specifieke wettelijke bepaling die zeer nadrukkelijk de rechtspersoon beoogt te beschermen. Pas als dat het geval is, zou de noodzaak voor een afzonderlijke toetsing van de verwijtbaarheid kunnen vervallen.

Versmelten belang rechtspersoon en maatschappelijk of publiek belang

In het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is het voorstel gedaan om te bepalen dat het bestuur van elke rechtspersoon zich bij de taakvervulling dient te richten naar “het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie” (artikel 2:9

110 Aldus ook Overes 2015, p. 518.

111 Assink & Olden 2005.

lid 3 BW Nieuw).¹¹² Bij Servatius werd dit doorgetrokken met de overweging van de Rechtbank dat het belang dat de minister van Wonen nastreefde met de aanwijzing samen viel met het belang van Servatius.¹¹³ Kennelijk bestaat er in het semipublieke domein een behoefte aan het versmelten van het belang van de rechtspersoon met het maatschappelijk of publiek belang.

Het aanvaarden van het uitgangspunt dat bij onderwijsorganisaties het statutaire doel en het maatschappelijk of publiek belang met elkaar verweven zijn, is onwenselijk. Bestuurders hebben als vertegenwoordiger van hun onderwijsorganisatie te maken met meerdere actoren waarvan de belangen uiteen kunnen lopen en ook kunnen botsen. Wat die belangen inhouden en van bestuurders verlangt, is afhankelijk van de concrete omstandigheden. Het statutaire doel en het belang van een onderwijsorganisatie is dan ook niet gelijk aan het maatschappelijk of publiek belang. Er is wel enige overlap, maar anders dan het kabinet in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen in het kader van de – uiteindelijk door de Tweede Kamer afgestemde – externe meldingsplicht lijkt te suggereren, zijn zij niet verweven.¹¹⁴ In tegenstelling tot wat door de rechter bij Servatius werd opgemerkt – en bij Rentree lijkt te worden gesuggereerd – vallen zij ook niet samen. Een onderwijsorganisatie is soeverein haar eigen statutaire doel te bepalen, geeft zelf onderwijs en het bestuur maakt daarbij autonome beleidskeuzes. Die keuzes kunnen onder omstandigheden strijdig zijn met het maatschappelijk of publiek belang maar dat hoeft mijns inziens niet te betekenen dat zich alsdan per definitie een zwaarwegende omstandigheid voordoet die in beginsel de bestuurdersaansprakelijkheid vestigt.

Het versmelten van belangen behoort ook niet te worden vastgelegd in de onderwijswet- en regelgeving. In de toelichting op artikel 2:9 lid 3 BW Nieuw wordt naar aanleiding van opmerkingen in de consultatieronde opgemerkt dat een suggestie om een afzonderlijke norm te formuleren voor de taakvervulling door bestuurders van (maatschappelijke) stichtingen niet werd overgenomen. Dit werd door de regering gemotiveerd met de opmerking dat een dergelijke “zienswijze niet goed te verenigen is met de geldende opvattingen over rechtspersoonlijkheid, welke opvattingen ook ten grondslag liggen aan de regeling van Boek 2 BW. Volgens deze opvattingen moet het belang van de rechtspersoon onderscheiden worden van het belang van degenen die bij de rechtspersoon betrokken

112 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 1-2. De toevoeging sluit aan bij de reeds voor bestuurders van vennootschappen geldende bepaling dat zij zich bij de vervulling van hun taak “naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming” dienen te richten (vgl. artikel 2:129/239 lid 5 BW).

113 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, *JOR* 2014/90 m.nt. Y. Borius (Servatius), r.o. 5.2.12.

114 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 14-15.

zijn en van de deelbelangen die zij behartigen. Voor bestuurders van stichtingen geldt evenzeer als voor bestuurders van andere rechtspersonen dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon. Daaraan doet niet af dat dit belang in overwegende mate bepaald kan worden door de statutaire doelstelling.”¹¹⁵ In de toelichting bij het voorafgaande consultatiedocument van bedoeld wetsvoorstel was niettemin nog de opmerking opgenomen dat de taakomschrijving van bestuurders en intern toezichthouders “een algemene regeling behelst en dat dit ruimte laat om in sectorale regelgeving op te nemen dat bij de vervulling van die taak ook specifiek acht moet worden geslagen “op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen”.¹¹⁶ Een voorbeeld van zo’n uitwerking is te vinden in de in 2015 in artikel 31 Woningwet opgenomen zinsnede dat commissarissen bij de vervulling van hun taak zich niet alleen dienen te richten naar het belang van de toegelaten instelling en de door haar in stand gehouden onderneming, maar ook “naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden”. Een dergelijke toevoeging is onnodig en onverstandig. Boschma en zijn collega’s wijzen er bijvoorbeeld op dat “het begrip ‘maatschappelijk belang’ multi-interpretabel en nauwelijks objectiveerbaar” is.¹¹⁷ Ook geven zij aan dat semipublieke organisaties aan het maatschappelijk belang wel een bijdrage leveren maar daar niet voor verantwoordelijk zijn en dat het “niet eenvoudig – zo niet onmogelijk – (zal, MN) zijn een rangorde aan te brengen in het organisatiebelang, het maatschappelijk belang en het belang van betrokken belanghebbenden”.¹¹⁸

Die opmerkingen van Boschma c.s. zijn mijns inziens volledig terecht.¹¹⁹ In hoofdstuk 3 is hier ook op ingegaan en is gepleit voor het aanvaarden van het uitgangspunt dat bestuurders zich uiteindelijk hebben te richten naar het belang van duurzame en bestendige waardecreatie. Dat is wat anders dan het zich ook moeten richten naar het publieke of maatschappelijke belang. Hoogstens zou men kunnen zeggen dat het publieke of maatschappelijke belang van de onderwijsorganisatie één van de omstandigheden van het geval is die een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt te maken valt.¹²⁰ Het blijft bij interne bestuurdersaansprakelijkheid immers altijd een zoektocht naar de balans. Van bestuurders mag gelet op het publieke belang van de door hun onderwijsorganisaties verrichte activiteiten, verlangd worden dat zij een hoge mate

115 *Kamerstukken II* 2015/15, 34491, nr. 3, p. 11-12.

116 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 februari 2014, www.internetconsultatie.nl, p. 18. Opgemerkt moet worden dat in de MvT alleen wordt gesproken over een dergelijke toevoeging bij de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan. De mogelijkheid om ook bij de nadere omschrijving van de taak van bestuurders tot zo’n toevoeging over te gaan wordt echter niet uitgesloten.

117 Boschma e.a. 2014, p. 164-165. De toevoeging is te herleiden tot de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Stb. 2015, 145, dossier 32769).

118 Boschma e.a. 2014, p. 165.

119 Zie ook Overes 2015, p. 520 en Boschma e.a. 2014.

120 Vgl. Hof’s-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (Stichting Jeugdzorg Brabant), r.o. 6.4.1.

van zorgvuldigheid in acht nemen en rekening houden met de publieke functie van de eigen onderwijsorganisatie. Van diezelfde bestuurders wordt echter ook verlangd dat zij – omwille van de door hen te betrachten loyaliteit en zorgvuldigheid – rekening houden met de verschillende belangen van de betrokken actoren. Dat heeft een beperktere beleidsruimte en bestuurlijke afhankelijkheid tot gevolg en die zijn mijns inziens onvoldoende verdisconteert in de normen voor bestuurdersaansprakelijkheid.¹²¹ Als de lijn is dat het kunnen vervullen van de bestuurlijke taak een zekere bestuurlijke autonomie veronderstelt en geen defensief gedrag behoort in te houden, dan bestaat er een voldoende rechtvaardiging voor meer terughoudendheid bij de beoordeling van het bestuurlijk handelen van bestuurders van onderwijsorganisaties en de uitkomst van hun belangenafweging.

C. Externe aansprakelijkheid bestuurders

Ook derden stellen soms bestuurders aansprakelijk. In plaats van artikel 2:9 BW wordt dan een beroep worden gedaan op artikel 6:162 BW. De toepasselijke norm is mooi verwoord in het arrest Beklamel uit 1989: een bestuurder van een vennootschap is voor zijn handelen als bestuurder van de vennootschap persoonlijk aansprakelijk voor de door de derde geleden schade als deze veroorzaakt is door zijn onrechtmatig handelen doordat hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon niet aan de verplichtingen kon voldoen en geen verhaal zou bieden.¹²²

In 2006 werd in het arrest Ontvanger/Roelofsen bij de uitleg van het Beklamel-criterium aangesloten bij de maatstaf van “persoonlijk ernstig verwijt” als bedoeld in artikel 2:9 BW.¹²³ Deze maatstaf werd vervolgens in 2012 naar aanleiding van het arrest Spaanse Villa ter discussie gesteld. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat voor “een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm – de gewone regels van onrechtmatige daad gelden. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt.”¹²⁴ Het arrest Spaanse Villa bevatte om die reden niet langer een verwijzing naar artikel 2:9 BW. Die redenering werd ook gevolgd in het arrest Hezemans/Air uit 2014 met de overweging dat als een rechtspersoon tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, er ook ruimte kan zijn voor aansprakelijkheid van een bestuurder. De Hoge

121 Vgl. Hendrikse 2009, par. 6.

122 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel), r.o. 3.1. Zie ook HR 25 november 1927, NJ 1928/364 m.nt. Scholten (Kretschmar/Mendes de Leon).

123 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ondernemingsrecht* 2007, 36 m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen), r.o. 3.5. Zie voor intern toezichthouders recentelijk Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, RO 2014/41 (Woningstichting Servatius/Leden RvT).

124 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Anel en K. Rutten (Spaanse Villa), r.o. 3.42.

Raad merkte zonder te verwijzen naar artikel 2:9 BW op dat is “vereist dat die bestuurder (...) persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel (...) wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”.¹²⁵ Deze lijn wordt voortgezet in een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West Brabant over de externe aansprakelijkheid van de voorzitter van de raad van bestuur van Stichting Catharina Ziekenhuis. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder die namens de rechtspersoon handelt is slechts onder bijzondere omstandigheden plaats en wel indien er sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt aan het adres van de bestuurder.¹²⁶ De rechtbank wees er in deze zaak op dat de leidende en initiële rol van de bestuursvoorzitter juist precies is wat van hem in diens hoedanigheid als “gezicht van het ziekenhuis” verwacht mag worden.¹²⁷

In de literatuur is de vraag gesteld of het criterium van “ernstig verwijt” bij externe aansprakelijkheid iets toevoegt. Huizink wijst er bijvoorbeeld op dat het criterium “ernstige verwijtbaarheid” niet anders uitpakt dan de vereiste verwijtbaarheid volgens “de gewone regels van de onrechtmatige daad”.¹²⁸ De vraag is volgens hem steeds of de bestuurders zelf, rechtstreeks onrechtmatig handelen jegens de derde. Ook Westenbroek volgt die route in 2015. Onder verwijzing naar het Beklamel-criterium merkt hij op dat de Hoge Raad lijkt vast te willen houden aan het criterium “ernstig verwijt” maar dat voor een bestuurder geen andere zorgvuldigheidsnormen gelden dan in algemeen het geval is. Sterker nog, hij geeft aan dat het feit dat een bestuurder ex artikel 2:9 BW het inzicht en de zorgvuldigheid moet hebben die mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, zelfs met zich brengt dat hij juist sneller in een situatie van persoonlijke aansprakelijkheid terecht kan komen omdat men bij een bestuurder moet uitgaan van een bepaalde geobjectiveerde kennis.¹²⁹

Mijn inschatting is dat de laatste opmerking van Westenbroek in elk geval voor het onderwijs een brug te ver is. Een bestuurder is weliswaar het gezicht van de onderwijsorganisatie, maar hij zal zelden alleen in een ivoren toren besluiten en tot handelen overgaan. Zijn kennis zal ook niet altijd geobjectiveerd zijn. Een bestuurder werkt samen, probeert

125 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze, (Hezemans Air) r.o. 3.5.2-3.5.4 met een verwijzing naar HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21.

126 Rb. Zeeland-West Brabant, 3 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3578, r.o. 3.7.1.

127 Idem, r.o. 3.6.2.

128 Huizink 2013.

129 Westenbroek 2015, p. 358-359.

meerdere belangen af te wegen en vertegenwoordigt in de finale fase van het besluitvormingsproces de onderwijsorganisatie. Het past dan niet om als gezicht van de onderwijsorganisatie persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld zonder een echt hoge drempel.

D. Aansprakelijkheid intern toezichthouders

De aansprakelijkheidspositie van intern toezichthouders is een afgeleide van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders. Het aantal voorbeelden van daadwerkelijk geslaagde aansprakelijkstellingen van intern toezichthouders bij (semipublieke) instellingen en onderwijsorganisaties is nihil. Bij de zorginstellingen Hestia en De Bruggen werden de intern toezichthouders uiteindelijk niet aansprakelijk gesteld.¹³⁰ En ook bij de woningcorporatie Servatius meende de Rechtbank Oost-Brabant uiteindelijk dat strenger toezicht weliswaar schade voor Servatius had kunnen voorkomen, maar de serieuze wijze waarop de raad van toezicht invulling had gegeven aan haar taak leidde ertoe dat er onvoldoende grond was voor het oordeel van een ernstig verwijt.¹³¹

In het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt geregeld dat ook intern toezichthouders van stichtingen en verenigingen intern aansprakelijk kunnen worden gesteld (artikel 2:11b BW Nieuw). De definitieve memorie van toelichting gaat niet uitgebreid in op de norm voor de taakvervulling van commissarissen en lijkt zich te beperken tot uniformering.¹³² In de eerdere conceptmemorie van het consultatiedocument werd nog, onderverwijzing naar jurisprudentie bij Laurus, uitdrukkelijk opgemerkt dat van commissarissen werd verwacht dat zij op hun taak berekend zijn en deze nauwgezet vervullen en dat van hen gevraagd werd een actieve rol te vervullen “zonder dat zij op de stoel van het bestuur” gaan zitten en dat zij hun toezicht intensiveren en actiever optreden als het beleid en de gang van zaken daartoe aanleiding geven.¹³³ Dit sluit aan op de recente jurisprudentie. Zo overwoog de Ondernemingskamer bij Meavita dat juist bij ingrijpende besluiten en moeilijke externe omstandigheden, van intern toezichthouders extra aandacht en zorgvuldigheid wordt verlangd om onnodige risico's te voorkomen.¹³⁴ Een les die ongeacht het verdere verloop bij Meavita kan worden getrokken is dat commissarissen aandacht en zorgvuldigheid dienen te betrachten ten aanzien van de samenstelling en taken van het bestuur en bij de vervulling van de werkgeversrol.

130 Scheidsgerecht Gezondheidszorg 20 augustus 2006, TvGR 2007, p. 160 e.v. (De Bruggen) en Rb. Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126 (CSZ/Hestia).

131 Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, RO 2014/41 (Woningstichting Servatius/Leden RvT).

132 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 4-5 en p. 21-22.

133 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 februari 2014, www.internetconsultatie.nl, p. 14 en met een verwijzing naar Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, JOR 2003/60 en HR 8 april 2005, JOR 2005/119 (Laurus).

134 Hof Amsterdam 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (FNV/Stichting Meavita c.s.), r.o. 6.19, 6.45 en 13.19.

E. Bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement

Een faillissement van een onderwijsorganisatie is uitzonderlijk, maar niet onmogelijk. In 2011 ging bijvoorbeeld nog een basisschool in Maarssen failliet (Jenaplanschool De Regenboog).¹³⁵ Op het moment dat een rechtspersoon belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, geldt op basis van de huidige bepalingen in het BW dat de bestuurders jegens de boedel aansprakelijk zijn voor resterende schulden (hetgeen resteert na vereffening in het kader van faillissement) als de bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dit wordt in elk geval aangenomen als er geen afdoende administratie is bijgehouden (artikel 2:10 BW) of de jaarrekening niet of te laat is vastgesteld en goedgekeurd (artikel 2:394 BW).

De Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen heeft hierin met ingang van juni 2015 beperkt verandering in gebracht.¹³⁶ Effect van deze wet is dat bekostigde onderwijsorganisaties zijn vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting voor zover hun activiteiten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend (voor 90% of meer) bestaan uit bekostigde onderwijs- of onderzoeksactiviteiten (activiteiteneis) en deze activiteit voor 70% of meer wordt bekostigd door publieke middelen, collegegelden of lesgelden (bekostigingseis). Zij hoeven in dat geval ook geen aangifte te doen voor de vennootschapsbelasting. Komt een onderwijsorganisatie boven deze norm uit, dan geldt ook voor de bestuurders van deze onderwijsorganisaties dat in het geval van een faillissement sprake is van een vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling bij onzorgvuldige uitvoering of bewaring van de administratie (artikel 2:10 BW) en/of niet tijdige openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:394 BW).

In het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is het voorstel gedaan te komen tot een algemene regeling tot een vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling voor bestuurders en intern toezichthouders bij faillissement; dus ongeacht de eventuele belastingplicht voor de vennootschapsbelasting (artikel 2:9c en 2:11c BW Nieuw).¹³⁷ Gevolg daarvan is dat ook voor onderwijsorganisaties gaat gelden dat bij bijvoorbeeld te late deponering van de jaarrekening er – in het geval van een faillissement – een onweerlegbaar vermoeden is dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en toezicht en een weerlegbaar vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Deze ‘omkeringsregel’ geldt niet voor bestuurders en commissarissen die hun werkzaamheden onbezoldigd verrichten (artikel 2:9c lid 4 BW Nieuw). Het is goed te beseffen dat dit een buitenpropor-

135 *Kamerstukken II* 2011/12, Aanhangel 16 januari 2012, nr. 998.

136 Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen (Stb. 2015, 207; dossier 34003).

137 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

tionele sanctie is; al was het maar omdat “derden die zich in de actuele financiële situatie van een rechtspersoon willen verdiepen vrij weinig tot niets hebben aan de gepubliceerde jaarrekening”.¹³⁸ In de literatuur heeft het voorstel dan ook veel kritiek gekregen.¹³⁹ Te late deponering is ook niet bij voorbaat onbehoorlijk en/of ernstig verwijtbaar. Zo geldt bij de stichtingen voor openbaar onderwijs dat de gemeenteraden een goedkeuringsrecht kunnen hebben en komt het ook voor dat aan medezeggenschapsorganen een buitenwettelijk goedkeuringsrecht is toegekend ter zake de jaarstukken. Die goedkeurings- en instemmingsrechten kunnen onverhoopt tot niet-verwijtbare vertraging leiden. Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen lijkt in dit verband een ontsnappingsclausule te bieden met de bepaling dat de rechter het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn, kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt (artikel 2:9c lid 4 BW Nieuw).

F. Bestuurdersaansprakelijkheid bestuurders openbare universiteiten

Een bijzondere vorm van ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ is te vinden in artikel 2:9 lid 5 Whw. Deze bepaling geeft aan dat leden van het college van bestuur van een openbare universiteit “persoonlijk aansprakelijk [zijn, MN] jegens de instelling voor schade ten gevolge van uitgaven die zijn geschied in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet, voorzover Onze minister heeft bepaald dat de met die uitgaven gemoeide bedragen in mindering worden gebracht op de rijksbijdrage, tenzij blijkt dat zij aan het doen van die uitgaven niet hebben medegewerkt”. Deze vordering tegen leden van het college van bestuur kan worden ingediend door de openbare universiteit zelf of namens haar door de minister van OCW.

De bepaling bestaat reeds lange tijd. Zij was onderdeel van de Whw 1992 en werd gemotiveerd met de opmerking dat de bepaling “vergelijkbaar is met de in het Burgerlijk Wetboek geregelde persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen, welke bepalingen niet van toepassing zijn op bestuurders van publiekrechtelijke rechtspersonen”.¹⁴⁰ Hoewel de precieze wetttekst afwijkt van het Burgerlijk Wetboek en de wetttekst ook geen rekening houdt met de jurisprudentie nadien, mag er gelet op deze toelichting van uit worden gegaan dat ook voor (voormalig) leden van het college van bestuur geldt dat de norm van behoorlijke taakvervulling voorop staat en dat aansprakelijkheid slechts aan de orde is bij “persoonlijke ernstige verwijtbaarheid”. Er is ook overigens geen reden om aan te nemen dat de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid voor bestuurders van openbare universiteiten anders zou moeten zijn dan de voor bestuurders van private rechtspersonen te gelden norm.

¹³⁸ Van Andel 2010.

¹³⁹ De Kluiver 2014, Rensen 2015; Boschma e.a. 2014 en Stokkermans & Rensen 2014, p. 391-393.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 118.

6.4.3 *Ontslag stichtingsbestuurders door de rechtbank*

A. Huidige regeling artikel (artikel 2:298 BW)

De rechtbank kan naar huidig recht een bestuurder van een stichting ontslaan op verzoek van het openbaar ministerie of een belanghebbende indien die bestuurder:

- iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet;
- in strijd met de bepalingen van de statuten;
- zich schuldig maakt aan wanbeheer; en
- niet of niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter gegeven bevel de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te tonen als bedoeld in artikel 2:297 BW.

Deze regeling is uitgewerkt in artikel 2:298 BW. Is een bestuurder eenmaal ontslagen door de rechtbank, dan geldt een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar.

Uit de jurisprudentie volgt dat bij een handelen in strijd met de wet of de statuten sprake moet zijn van een “uitgesproken onrechtmatig handelen”.¹⁴¹ Onder wanbeheer in de zin van artikel 2:298 BW wordt verstaan “een tekortkoming ten aanzien van het beheer over het aan de stichting toevertrouwde vermogen of van de zorg voor de verkrijging van inkomsten”.¹⁴²

De heersende leer is dat het criterium wanbeheer vooral ziet op financieel wanbeheer en minder op bestuurlijk wanbeleid. Er lijkt sprake te zijn van een enigszins eigen en beperkte uitleg van onrechtmatig handelen en wanbeheer.¹⁴³ Het enkele gegeven dat sprake is van een vermoeden van wanbeleid als bedoeld in artikel 2:350 BW of ‘bestuurlijk wanbeheer’ als bedoeld in de onderwijswetgeving, wil nog niet zeggen dat er ook voldoende grond is voor ontslag door de rechtbank. Zo volgt bijvoorbeeld uit het arrest Dr. A. Fuldauerstichting dat het handelen van een bestuurder pas onrechtmatig is in de zin van artikel 2:298 BW indien redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid van de betreffende handeling mogelijk is.¹⁴⁴ Ook controleert de rechtbank niet het beleid, de doelmatigheid, de beleidsvisie of de opbrengsten van het bestuurlijk beleid als zodanig, maar slechts de rechtmatigheid daarvan.¹⁴⁵ Het moet uiteraard ook gaan om een eigen handelen of nalaten van de bestuurder. Een interne discussie tussen bestuurders over het beleid als gevolg waarvan geen vruchtbare samenwerking meer mogelijk is binnen het bestuur, is blijkens

141 HR 3 januari 1975, NJ 1975/222 m.nt. Scholten (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen).

142 HR 3 januari 1975, NJ 1975/222 m.nt. Scholten (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen).

143 Asser/Rensen 2-III* 2012/349 en T&C Boek 2 BW, art. 2:298 BW.

144 HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9324, NJ 2007/241 (Dr. A. Fuldauerstichting).

145 Asser/Rensen 2-III* 2012/349 en T&C Boek 2 BW, art. 2:298 BW.

het arrest *Schaapstil I* op zichzelf geen reden voor een ontslag door de rechtbank via de weg van artikel 2:298 BW.¹⁴⁶ De ontslagmogelijkheid is niet bedoeld als middel om een einde te maken aan een bestuurlijke impasse.

De kring van belanghebbenden die een verzoek tot ontslag kan indienen is ruim. Niet alleen het Openbaar Ministerie kan verzoeken om het ontslag van een bestuurder, maar ook een belanghebbende. Bij een onderwijsorganisatie kunnen onder meer als belanghebbende worden aangemerkt andere bestuurders, de raad van toezicht, leerlingen/studenten en hun ouders of steunstichtingen. Deze groep wordt wel aangeduid als de eerste kring.¹⁴⁷ De tweede kring van belanghebbenden bestaat uit diegenen die niet zozeer een eigen belang hebben maar op een andere wijze zo nauw zijn betrokken bij het onderwerp van de procedure dat zij op grond van die betrokkenheid een belang hebben om in de procedure te verschijnen.

Tot de tweede kring kunnen schuldeisers en vakbonden behoren, maar ook overheden. Een bekend voorbeeld hiervan treffen we aan in de uitspraak *IS Helmond* uit 2008. Het Gerechtshof Den Bosch oordeelde in deze zaak dat de Staat in voldoende mate belanghebbende was, nu (i) het belang van de Staat onder meer was gelegen in het voorkomen van onrechtmatig handelen in de toekomst en (ii) tussen de Staat als subsidiegever en de onderwijsorganisaties een rechtsverhouding bestond die in grote mate wordt beheerst door onderling vertrouwen.¹⁴⁸ Deze tweede rechtsverhouding bracht volgens het Hof mee dat de Staat gerechtigd was een beroep te doen op artikel 2:298 BW teneinde te bereiken dat de subsidierelatie blijvend kan worden voortgezet zonder dat het beheer over die subsidie komt te berusten bij de betrokken bestuurders. Het Gerechtshof liet daarbij het oordeel van de rechtbank dat sprake was van handelen in strijd met de wet (in dit geval de Wpo), de statuten en wanbeheer in stand.¹⁴⁹

De vraag is of een dergelijke uitkomst zoals bij *IS Helmond* nu ook mogelijk zou zijn. Immers, de overheid beschikt inmiddels over extra publiekrechtelijke interventie-instrumenten waaronder de aanwijzingsbevoegdheid. Zeker de aanwijzingsbevoegdheid beoogt het belang van de onderwijsorganisatie en het publieke belang van de continuïteit van het stelsel te beschermen. De in paragraaf 6.6 te bespreken twee wegen leer, suggereert dat in

146 Zie o.a. Rb. Dordrecht 21 december 2005, *JOR* 2006/146 (Stichting HogeSnelWeg) en Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU1866 (Stichting *Schaapstil I*).

147 HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149 m.nt. Ma (Veldhof/Leonard Woltjer Stichting), HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 m.nt. Ma (Scheipar) en HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45 m.nt. Maeijer en *JOR* 2007/6 m.nt. Schmieman (Stichting *Schaapstil II*). Zie ook Schmieman 2008.

148 Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138 (*IS Helmond*).

149 Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002 (*IS Helmond*).

dat geval gebruikmaking van een privaatrechtelijk interventie-instrument minder snel aan de orde is.

B. Voorstel tot verruiming reikwijdte artikel 2:298 BW

In de literatuur zijn enige vraagtekens gezet bij de beperkte regeling en de interpretatie van artikel 2:298 BW.¹⁵⁰ Artikel 2:298 BW wordt daarbij afgezet tegen de ruimer uitgewerkte regeling van het enquêterecht. Ook de in de regeling gemaakte keuze voor het begrip ‘wanbeheer’ in plaats van ‘wanbeleid’ heeft tot vragen geleid.¹⁵¹ De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen geeft aan deze kritiek voor een deel gehoor en opteert voor meer rechterlijke controle. De regering kiest daarbij voor repressief toezicht door de norm voor ontslag door de rechtbank te verruimen. Het is de bedoeling om, naar analogie met de ontslagbevoegdheid van de Ondernemingskamer bij vennootschappen (artikel 2:161/271 BW), ontslag door de rechtbank van een stichtingsbestuurder mogelijk te maken wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurschap in redelijkheid niet kan worden geduld” (artikel 2:298 lid 1 BW Nieuw).¹⁵²

De verruiming van de ontslagbevoegdheid is opzet.¹⁵³ In de memorie bij het consultatiedocument was zelfs de overweging opgenomen dat de ontslagbevoegdheid ook kon worden ingezet in situaties waarin sprake was van een gevaar voor de continuïteit van de betreffende stichting en de door haar geleverde diensten of vervulling van taken van publiek belang.¹⁵⁴ Dat voorstel riep de vraag op of sprake moest zijn van persoonlijk verwijtbaar handelen of nalaten. Het huidige voorstel lijkt die discussie enigszins uit de weg te gaan door aan te sluiten bij de ontslagbevoegdheid van de Ondernemingskamer bij vennootschappen (artikel 2:161/271 BW) en de in dat kader ontwikkelde jurisprudentie. Ook het huidige voorstel is niettemin zorgelijk. Allereerst ontstaat er druk op de rechtsbescherming van bestuurders. De onderzoeksprocedure is bijvoorbeeld beperkt uitgewerkt. Dat knelt des te meer doordat bij ontslag door de rechtbank ook sprake is van een civielrechtelijk bestuursverbod. Ook de visie die ten grondslag ligt aan de voorstellen bevreemdt. In de toelichting geeft de regering bijvoorbeeld aan dat de Staat belanghebbende kan zijn als sprake is van “een financieringsrelatie tussen de Staat en de betreffende stichting” en het gevaar bestaat dat de Staat in zijn financiële belang zou kunnen worden getroffen.¹⁵⁵ Voorts

150 HR 10 november 2006, NJ 2007/45 m.nt. Maeijer en JOR 2007/6 m.nt. Schmieman (Stichting Schaapstil II).

151 Schmieman 2008, p. 48.

152 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

153 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 35.

154 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 februari 2014, www.internetconsultatie.nl, p. 32-34. Zie ook: *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7-8.

155 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 8.

meent de regering dat bij stichtingen die werkzaam zijn in de semipublieke sector, en daarbij wordt expliciet gewezen op het onderwijs, de Staat enkel en alleen belanghebbende is “vanwege zijn stelselverantwoordelijkheid”.¹⁵⁶ De regering motiveert dit vervolgens door te wijzen op de hiervoor besproken casus Stichting Islamitische School Helmond. Die verwijzing is op zijn minst lichtvaardig en weinig gedegen.¹⁵⁷ In 2008 had de minister van OCW nog geen aanwijzingsbevoegdheid en kon hij nog niet de bekostiging geheel of gedeeltelijk op te schorten. Sinds 2010 kan hij dat wel.¹⁵⁸ Anders gezegd, de Staat heeft al veel publiekrechtelijke bevoegdheden tot interventie; dat geldt zeker voor het onderwijs. Het verruimen van het toepassingsbereik van artikel 2:298 BW doorkruist mijns inziens dan ook al snel die publiekrechtelijke routes. De opmerking in de memorie van toelichting dat artikel 2:298 BW ten opzichte van de sectorspecifieke wetgeving “een basisregeling is” en in sectorspecifieke wetgeving zo nodig kan worden aangevuld, doet daar mijns inziens niet aan af zolang in het kader van het overgangsrecht en qua terminologie en grondslag de verhoudingen zich niet beter uitkristalliseren.¹⁵⁹

Houwen lijkt mijn zorgen te delen.¹⁶⁰ Hij plaatste onder andere kritische kanttekeningen bij de brede kring van belanghebbenden die voortaan op grond van zowel rechtmatigheids- als doelmatigheidsoverwegingen een verzoek tot ontslag door de rechtbank kunnen indienen. Ook ontbreekt het volgens hem aan effectieve waarborgen tegen subjectief en lichtvaardig gebruik van dit rechtsmiddel met zijn ingrijpende gevolgen. Tevens wijst hij er op dat artikel 2:298 BW Nieuw een soort mini-enquêteprocedure wordt met ook nog eens een ruimere kring van belanghebbenden. Maeijer trok die vergelijking ook al in 2006 en Rensen deed dit in 2015.¹⁶¹ De combinatie van artikel 2:298 BW met het enquêterecht in de zorg en bij woningcorporaties noemt hij “een vorm van overregulering van stichtingen en verenigingen in het semipublieke domein”.¹⁶² Ook voor het onderwijs geldt dat gelet op de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid sprake is van overregulering. Tussen neus en lippen door wordt ook de mogelijkheid tot het door een rechter benoemen van een bewindvoerder, welke mogelijkheid zoals besproken in het kader van de aanwijzingsbevoegdheid (paragraaf 5.5) nu juist was afgewezen, verruimd. Die mogelijkheid is immers vermeld in artikel 2:298 lid 2 BW.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 35.

¹⁵⁷ Opvallend is in elk geval dat één individuele casus, waarbij blijkens de feiten sprake was van overduidelijke fraude, bij meerdere interventie-instrumenten wordt benut ter motivatie van wetgeving gericht op handhaving door de overheid. Ook bij de introductie van de mogelijkheid tot opschorting van de bekostiging en de introductie van de aanwijzingsbevoegdheid werd hier immers op gewezen. Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 6.

¹⁵⁸ Wet goed onderwijs en goed bestuur (Stb. 2010, 80; dossier 31828)

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 35.

¹⁶⁰ Houwen 2014, p. 147.

¹⁶¹ HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45 m.nt. Maeijer (Stichting Schaapstil II) en Rensen 2015.

¹⁶² Houwen 2014, p. 147.

6.4.4 *Civielrechtelijk bestuursverbod*

Falende bestuurders en toezichthouders zouden na dit falen niet snel weer bestuurder of toezichthouder mogen worden bij een andere onderwijsorganisatie. De minister van OCW heeft in dit verband overwogen om voorafgaand aan het bekostigen van een school te toetsen of de betrokken bestuurders en intern toezichthouders eerder betrokken zijn geweest bij een onderwijsorganisatie die een bestuurlijke aanwijzing had gekregen. De Onderwijsraad wees deze suggestie af in het advies over draaideurconstructies in het onderwijs en wees net als de staatssecretaris van OCW in diens reactie op het civielrechtelijk bestuursverbod als mogelijk instrument.¹⁶³

Het civielrechtelijk bestuursverbod is als zodanig is in elk geval voor stichtingsbestuurders niet nieuw. Bij een ontslag door de rechtbank op de grond van artikel 2:298 lid 3 BW geldt immers een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaar. Een benoemingsbesluit in die periode is nietig (artikel 2:14 lid 1 BW). Ook de Faillissementswet bevat sinds 2016 een civielrechtelijk bestuursverbod.¹⁶⁴ Artikel 106a lid 3 Faillissementswet bepaalt dat de rechter op verzoek van een curator of het Openbaar Ministerie een civielrechtelijk bestuursverbod kan opleggen aan bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon, door de rechter bijvoorbeeld is geoordeeld dat hij voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon aansprakelijk is, sprake was van *actio Pauliana*, de bestuurder is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator.

6.4.5 *Enquêterecht*

Het enquêterecht als bedoeld in artikel 2:344 e.v. BW bespreek ik hier slechts kort. De motivatie daarvoor is dat het enquêterecht in het funderend onderwijs niet van toepassing is. Gebruikmaking van het enquêterecht behoort wel tot de mogelijkheden in het middelbaar beroepsonderwijs, bij de hogescholen en bij de bijzondere universiteiten. Bij onderwijsorganisaties in die sectoren is immers sprake van een ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden als gevolg waarvan vakbonden de gelegenheid hebben enquête te verzoeken (artikel 2:344 onder b en artikel 2:347 BW). Naar mijn weten hebben de vakbonden in het onderwijs tot op heden van die bevoegdheid geen gebruik gemaakt. In de semipublieke sector komt het echter wel voor.¹⁶⁵

163 Onderwijsraad 2014d en *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 57, p. 3.

164 Wet civielrechtelijk bestuursverbod (Stb. 2016, 153; dossier 34011).

165 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 maart 2005, *JOR* 2005/87 (SKN) en Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 mei 2011, *JOR* 2011/219 (Meavita).

Hoewel de Commissie-Halsema in 2013 voorstander was van invoering van een enquête-recht voor medezeggenschapsraden in het onderwijs, werd door de Tweede Kamer in 2014 een daartoe dienende motie verworpen.¹⁶⁶ De minister van OCW merkte destijds op dat een toekenning van het enquêterecht “een onevenwichtigheid in de checks and balances van de medezeggenschap, de raad van toezicht, de inspectie en de Minister” tot gevolg zou hebben en “geen redelijk doel dient”.¹⁶⁷ De aanbeveling werd mede afgewezen om reden van alle overige (wettelijke) maatregelen, al dan niet voorgenomen.¹⁶⁸

Bij het enquêterecht ontstaat al snel enige samenloop met de procedure van ontslag door de rechtbank (artikel 2:298 BW). Bij het ontslag door de rechtbank is het nu nog geldende centrale criterium “(financieel) wanbeheer” (artikel 2:298 lid 1 sub b BW) terwijl het in het enquêterecht moet gaan om “wanbeleid” (artikel 2:355 BW). De beoordeling strekt zich bij een enquête verder uit dan alleen de beoordeling van de rechtmatigheid van het beleid.¹⁶⁹ Vertaald naar het onderwijs betekent dit bijvoorbeeld dat het niet handelen conform de norm van doelmatigheid mogelijk wel een rol kan spelen in een eventuele enquêteprocedure (wanbeleid) maar waarschijnlijk niet bij het ontslag door de rechtbank (wanbeheer). De vraag is of beide privaatrechtelijke interventie-instrumenten niet beter op elkaar afgestemd moeten worden; dat geldt mijns inziens ook voor de samenloop met de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid.¹⁷⁰

6.5 EDUCATIONAL MALPRACTICE

6.5.1 Inleiding

Bestuurders geven leiding aan de onderwijsorganisatie en de belangrijkste prestatie van een onderwijsorganisatie is het geven van onderwijs. Dat schept verwachtingen. Het is met dit uitgangspunt in het achterhoofd dat in deze paragraaf wordt ingegaan op het leerstuk *educational malpractice*.

Voor bestuurders is het leerstuk *educational malpractice* van belang omdat zij de onderwijsorganisatie vertegenwoordigen en daaraan leiding geven. Op het moment dat de onderwijsorganisatie de door haar toegezegde of van haar verwachte onderwijsprestatie

166 Een lastig gesprek 2013, p. 24, *Handelingen II* 2013/14, 80, item 18, p. 1 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 53 (motie-Rog).

167 *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 35, p. 6-7.

168 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 12.

169 Asser/Renssen 2-III* 2012/355.

170 Vgl. Overes 2013, par. 7. De vraag speelde reeds bij de invoering van het enquêterecht in 1991, zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 17.

niet nakomt of anderszins onrechtmatig handelt, kan dat indirect ook leiden tot verwijten aan het adres van de bestuurder. Bestuurdersaansprakelijkheid zal bij *educational malpractice* niet snel aan de orde zijn, maar meer in zijn algemeenheid kan het thema wel een rol spelen bij het oordeel over het functioneren van de onderwijsorganisatie en haar bestuurder(s).

Om enig inzicht te kunnen geven in het leerstuk *educational malpractice*, wordt hierna ingegaan op de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten (paragraaf 6.5.2), op het mogelijk te formuleren ‘beginsel van behoorlijk onderwijs’ (paragraaf 6.5.3) en op de elementen van *educational malpractice* (paragraaf 6.5.4).

6.5.2 *Kwalificatie privaatrechtelijke rechtsverhouding*

Onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten hebben een privaatrechtelijke rechtsverhouding die rechten en verplichtingen tot gevolg heeft. Deze privaatrechtelijke rechtsverhouding treffen we aan in twee varianten: (i) de rechtsverhouding die voortvloeit uit de onderwijs-overeenkomst en (ii) de rechtsverhouding die voortvloeit uit een eventuele onrechtmatige daad van de onderwijsorganisatie.

Paijmans besteedt in haar dissertatie uit 2013 veel aandacht aan de zorgplicht van scholen bij ongevallen, bewegingsonderwijs en sportbeoefening, pesten, misbruik en geweld.¹⁷¹ Ze neemt daarbij het recht en de plicht van ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden (artikel 2:147 BW) als vertrekpunt. Die rechten en plichten zouden met de inschrijving van leerlingen als het ware gedeeltelijk worden overgedragen aan de onderwijsorganisatie. De zorgplicht van een onderwijsorganisatie is volgens Paijmans een afgeleide van de zorgplicht van ouders. Volgens haar is sprake van de volgende zorgplicht: “Op een school rust een zorgplicht jegens de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan. Deze zorgplicht betreft de kwaliteit van het onderwijs alsook de gezondheid en veiligheid van de leerlingen”.¹⁷² Het aanmerken van de rechtsverhouding als een overeenkomst als bedoeld in artikel 6:213 BW is volgens haar bezwaarlijk en “niet nodig noch een meerwaarde vanwege de veelzijdigheid en bruikbaarheid van de zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW”.¹⁷³ De analyse van Paijmans lijkt vooral nuttig bij de beoordeling van ongevallen op school van jonge kinderen en bij pestgedrag. Onderwijs is immers uiteindelijk een meerzijdige rechtshandeling. Noorlander noemt dit – onder ver-

171 Paijmans 2013.

172 Paijmans 2013, p. 459.

173 Paijmans 2013, p. 43.

wijzing naar Blackstone – het partnerschapmodel.¹⁷⁴ De onderwijsorganisatie geeft onderwijs, ouders dragen zorg voor de algemeen opvoedkundige taak en de leerling/student ontvangt de onderwijsprestatie en moet participeren. Dat veronderstelt rechten en verplichtingen over en weer.¹⁷⁵

Het – al dan niet indirect – aannemen van een verbintenis tussen de onderwijsorganisatie en de leerling/student biedt bij de beoordeling van onderwijsprestatie houvast. In de literatuur geven veel auteurs daarom de voorkeur aan de fictie van de onderwijsovereenkomst. Over de onderwijsovereenkomst en zijn kenmerken is in de onderwijsrechtelijke literatuur veel debat.¹⁷⁶ Daar staat tegenover dat feitenrechters vrij snel uitgaan van die fictie. Een voorbeeld uit 2016 is de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden dat uitgebreid motiveerde dat in het voortgezet onderwijs sprake is van een wederkerige overeenkomst als bedoeld in artikel 6:261 BW.¹⁷⁷ Het bestaan van die onderwijsovereenkomst ontsloeg de betrokken onderwijsorganisatie echter niet om bij besluiten tot opschorting van haar verplichtingen uit de onderwijsovereenkomst af te wijken van de in de onderwijswet- en regelgeving geregelde en met waarborgen omklede procedure voor schorsing en verwijdering.¹⁷⁸

In het funderend onderwijs heeft de onderwijswetgever er expliciet voor gekozen geen uitgewerkte regeling op te nemen die de onderwijsovereenkomst regelt. De onderwijswetgever probeert als het even kan de kwalificatie in het midden te laten. Wel nam de regering in 1989 aan dat in elk geval in het bijzonder onderwijs sprake is van wilsovereenstemming en een overeenkomst naar burgerlijk recht.¹⁷⁹ De introductie van de geschillencommissie toelating en verwijdering (artikel 43 Wpo en artikel 27c Wvo) in 2014 bevestigde desalniettemin de wens van de onderwijswetgever om de kwalificatie in het midden te laten en bij voorkeur geen gevolg te geven aan de mogelijk procesrechtelijke consequenties van het onderscheid tussen het openbaar en bijzonder onderwijs.¹⁸⁰ Bij een discussie over de

174 Noorlander 2015, p. 209.

175 Rb. Limburg 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280 (Depressieve student/Stichting Arcus College), r.o. 4.3.4.

176 Zie o.a. Cohen 1981, Sperling 2009, p. 24-35, Laemers 1999, p. 56, Noorlander 2005, Noorlander & Pajmans 2011, Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 103-113.

177 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502 (Internaatverplichting maritiem vmbo), r.o. 7.7-7.10.

178 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502 (Internaatverplichting maritiem vmbo), r.o. 7.24.

179 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, nr. 6, p. 53.

180 Wet passend onderwijs (Stb. 2012, 533; dossier 33106). Zie in het bijzonder *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 7, p. 32. *Kamerstukken I* 2011/12, 33106, I-1, p. 16 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 91 (amendement-Ferrier en Van der Ham).

mogelijkheid van schadevergoedingen in het hoger onderwijs liet de regering de precieze kwalificatie ook in het midden.¹⁸¹

Het middelbaar beroepsonderwijs vormt de uitzondering op de regel. In de Wet educatie en beroepsonderwijs is een uitgewerkte regeling voor de onderwijsovereenkomst opgenomen. “Aan de inschrijving ligt een overeenkomst tussen het bevoegd gezag en de deelnemer ten grondslag” (artikel 8.1.3 lid 1 Web) en die overeenkomst wordt “schriftelijk vastgelegd” (artikel 8.1.3 lid 2 Web). De motivering van de regering is dat schriftelijke vastlegging van de onderwijsovereenkomst de rechtspositie van de deelnemers versterkt.¹⁸² Me dunkt dat deze motivering voor elke onderwijssector is aan te voeren.

De onderwijsovereenkomst is in elk geval in zijn fictieve betekenis nuttig bij de beschrijving van die elementen die invulling geven aan de prestatienorm van een onderwijsorganisatie. Uit de jurisprudentie blijkt zelfs dat de rechter in de praktijk de kwalificatie van de rechtsverhouding meestal ontwijkt. Kennelijk, zo stellen ook Noorlander en Paijmans, is deze niet van voldoende belang voor de beoordeling van geschillen tussen onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten en hun ouders.¹⁸³ De in zo’n geschil voor onderwijsorganisaties te gelden prestatienorm is volgens hen zowel vanuit het verbintenissenrecht als vanuit de actie uit onrechtmatige daad, gelijk. Ik kan mij hier vanuit het oogpunt van snelle geschilbeslechting wel in vinden. De figuur van de onderwijsovereenkomst biedt de burgerlijke rechter veel houvast bij de beoordeling van specifieke geschillen en eventuele nadere afspraken tussen onderwijsorganisaties en ouders.¹⁸⁴

6.5.3 *Beginsel van behoorlijk onderwijs en ‘educational malpractice’*

A. Algemeen

De onderliggende vraag is uiteraard of een nadere concretisering mogelijk is van de door onderwijsorganisaties te betrachten prestatienorm. Cohen sprak in 1981 en uitgaande van een publiekrechtelijke rechtsverhouding in het hoger onderwijs over beginselen als inhoudelijke relevantie en kwaliteit, een vorm die doeltreffend was en uitging van doceervaardigheid en terugkoppeling en omgangsbeginselen als onbelemmerde studievoortgang en prolongatie.¹⁸⁵ Aan het begin van deze eeuw is vervolgens getracht te komen tot de wettelijke uitwerking van de fictie van ‘beginselen van behoorlijk onderwijs’.¹⁸⁶

181 *Kamerstukken II* 2010/11, 31288, nr. 167, p. 13.

182 *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 143.

183 Noorlander & Paijmans 2011, p. 235.

184 Rb. Midden-Nederland 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746 (Ouders/ISA Het Baken).

185 Cohen 1981, p. 25 ev.

186 Eijlander, Rietveld & Zoontjens 2001 en Zoontjens 2001, p. 20-23.

Vanuit het perspectief van onder meer het wetgevingsproject Bruikbare Rechtsorde was het idee deze beginselen te bundelen tot één of meer algemene wettelijke zorgplichten.¹⁸⁷ Dit onderwijswetgever heeft er inderdaad, zoals ook bleek in hoofdstuk 4, voor gekozen om meer zorgplichten op te nemen in de onderwijswet- en regelgeving. De verschillende pleidooien hebben echter nog niet geleid tot een bepaling bijvoorbeeld vergelijkbaar met artikel 7:453 BW (zorg goed hulpverlener en professionele geneeskundige standaard) waarop ouders, studenten en leerlingen zich rechtstreeks in hun rechtsrelatie tot de onderwijsorganisatie kunnen beroepen.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het aantal gevallen waarin de burgerlijke rechter daadwerkelijk overgaat tot het aannemen van aansprakelijkheid nog steeds beperkt blijft. Wel zien we sinds de uitspraak Schaapman in 1999 een lichte tendens. De verwachting daarbij is dat zeker in het hoger onderwijs een stijging plaats zal hebben als gevolg van de aanscherping van vereisten voor doorstroom en de introductie van het sociaal leenstelsel. Uit de diverse nu bekende uitspraken kunnen ook al wel enkele algemene lijnen worden gedestilleerd die de fictie van beginselen van behoorlijk onderwijs, ook in de privaatrechtelijke rechtsverhouding, inkleuring geven. De lijn lijkt te zijn dat doorgaans wordt beoordeeld of de onderwijsorganisatie de op haar rustende zorgplicht jegens de onderwijsvrager heeft geschonden en als toetsingskader wordt met enige regelmaat, in lijn met het pleidooi van Paijmans, de vraag gesteld of de onderwijsorganisatie heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende onderwijsorganisatie in gelijke omstandigheden mocht worden verwacht.¹⁸⁸ Dat is een toets- of prestatienorm die we ook wel aantreffen bij beroepsaansprakelijkheden.¹⁸⁹

B. Het beginsel van zorg voor de kwaliteit van het onderwijs

Onderwijsorganisaties hebben een algemene verplichting om er zorg voor te dragen dat het door hen aangeboden onderwijs in beginsel inhoudelijk aansluit op het aangewezen vervolgonderwijs of die functies waarvoor wordt opgeleid en dat leerlingen/studenten in staat worden gesteld om – zonder noemenswaardige vertraging – het onderwijs te kunnen volgen en af te ronden.¹⁹⁰

De meest algemene hoofdverplichting is dat de onderwijsorganisatie zorg draagt voor de kwaliteit van het onderwijs. De bekendste uitspraak van *educational malpractice* in

187 *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 9), Ministerie van Justitie 2004 en Zoontjens 2008b.

188 Paijmans 2013, p. 442-444.

189 Vgl. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

190 Vgl. ook de hierna onder (D) te bespreken uitspraak Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1013, r.o. 4.10 (Studenten HBO-bachelor Medische Hulpverlening/Hogeschool Utrecht).

Nederland is die van Schaapman.¹⁹¹ De Rechtbank Amsterdam oordeelde in deze casus in hoger beroep dat de gemeente tekort was geschoten in “de zorg voor de kwaliteit van het onderwijs, waarvoor zij op grond van de WBO verantwoordelijk was” en “handelde (...) in strijd met haar wettelijke plicht, zoals die met name volgde uit de art. 8 en 9 van die wet”.¹⁹² De uitspraak bevestigt dat de in de privaatrechtelijke rechtsverhouding te betrachten normen invulling kunnen krijgen door de in de onderwijswetgeving beschreven deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden. Gevolg daarvan is dat niet-naleving van de publiekrechtelijke onderwijswet- en regelgeving die primair een rol speelt bij de beoordeling van de aanspraak op bekostiging, van betekenis kan zijn voor het al dan niet aanwezig achten van onrechtmatigheid in de privaatrechtelijke rechtsverhouding.

Het beginsel van zorg voor de kwaliteit van het onderwijs wordt bevestigd door het optreden van de Hogeschool Inholland in 2011. Na harde conclusies van de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO over de kwaliteit van hun opleidingen en examens met de studentenorganisaties kwam deze onderwijsorganisatie met de studentenorganisaties een regeling tot herstel overeen.¹⁹³ Een aansprakelijkstelling onder verwijzing naar diskwalificerende onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs is op zichzelf echter nog geen voldoende grond voor aansprakelijkheid. Hoogstens kan een dergelijk onderzoek invloed hebben op de bewijslastverdeling. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam over de opleiding communicatiewetenschappen van de UvA die een “gele kaart” had gekregen van de NVAO wegens tekortkomingen in de onderwijskwaliteit.¹⁹⁴ In die zaak concludeerde de rechter niet tot onrechtmatigheid zijdens de UvA.

De zorg voor de kwaliteit van het onderwijs is uiteindelijk vooral een inspanningsverplichting.¹⁹⁵ Een zaak uit 2013 over een leerling met een onduidelijk ziektebeeld illustreert dit.¹⁹⁶ De ouders van de betrokken leerling stelden in deze zaak dat als gevolg van het niet bieden van adequaat onderwijs aan hun zieke kind sprake was van het niet nakomen van de onderwijsovereenkomst c.q. sprake was van een onrechtmatige daad. De leerling beschikte over een indicatie van de huisarts, maar de klachten zelf waren vaag. De onderwijsorganisatie en de ouders spraken vervolgens af dat de leerling gedoseerd naar school zou gaan. Dat betekende wel dat hij veel lessen zou moeten missen en niet alles af zou kunnen ronden. Vervolgens ontstond een conflict over de vraag of de onderwijsorganisatie wel voldoende

191 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AN6249, AB 2000/104 m.nt. B.P. Vermeulen (Schaapman).

192 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AN6249, AB 2000/104 m.nt. B.P. Vermeulen (Schaapman), r.o. 8.

193 Persbericht Inholland, LSVb, ISO en LSR, *Gezamenlijk hersteltraject Inholland*, 24 mei 2011.

194 Hof Amsterdam 11 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO7276 (Studenten/UvA).

195 Pajmans 2013, p. 122-123 met verwijzingen naar diverse uitspraken.

196 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:RBME:2013:2773 (Onduidelijk ziektebeeld).

adequaat onderwijs had aangeboden. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde uiteindelijk dat de onderwijsorganisatie gelet op de door haar verrichte inspanningen en aangeboden alternatieven niet tekort was geschoten in haar verplichting adequaat onderwijs aan te bieden aan de zieke leerling. Enigszins bijzonder, maar in de praktijk niet ongebruikelijk, aan deze zaak is overigens dat de eisers als argument wezen op zowel de algemene zorgplicht van het bevoegd gezag om zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs op de school (artikel 23a Wvo) als op de bijzondere zorgplicht van de school voor zieke leerlingen ('adequaat'; artikel 6b Wvo). Beide bepalingen zijn echter primair deugdelijkheidseisen die als voorwaarden voor bekostiging gelding hebben in de rechtsverhouding overheid-onderwijsorganisatie. De rechtbank betrok beide publiekrechtelijke zorgplichten uitdrukkelijk in zijn afweging met dien verstande dat volgens de rechtbank uiteindelijk sprake was van een 'inspanningsverplichting'.¹⁹⁷

C. Het beginsel van zorg voor opvolging signalen en schadebeperking

Een tweede uit de rechtspraak te destilleren zorgplicht of beginsel betreft die tot het opvolgen van signalen en het vervolgens als onderwijsorganisatie beperken van de schade. In de casus Schaapman werd bijvoorbeeld door de rechter gesproken over het ondanks signalen van leerachterstand, niet nemen van maatregelen om die achterstand op te heffen.¹⁹⁸ Bij onvoldoende begeleiding van leerlingen en studenten tijdens de stage komt dit punt ook naar voren. Bij bijvoorbeeld Christelijke Hogeschool Nederland werd door de Rechtbank Leeuwarden overwogen "dat van een school verwacht mag worden dat deze in het geval van een stage de student begeleidt. Wanneer een stage moeizaam verloopt zal de begeleiding intensiever moeten zijn en moet de student, die immers in een leertraject zit, handvatten aangereikt krijgen om een negatieve beoordeling af te wenden."¹⁹⁹ Als een onderwijsorganisatie met een student talloze gesprekken voert met een student en hem telkenmale een nieuwe kans biedt, kan een besluit tot verwijdering onder verwijzing naar de algemene voorwaarden bij de onderwijsovereenkomst gerechtvaardigd zijn.²⁰⁰ In dat geval heeft de onderwijsorganisatie in voldoende mate aan zijn zorgplicht voldaan. In de zogeheten *Bootsfakkel-zaak* zagen we een vergelijkbaar beeld.²⁰¹ Een leerling had een bootsfakkel afgestoken en werd vervolgens direct verwijderd van de school. Die verwijdering werd door de bestuursrechter onrechtmatig geoordeeld, waarna het conflict voortduurde en de leerling zich inschreef op het Luzac College (privaat bekostigd). Aangezien de verwijdering onrechtmatig was bevonden, overwoog de burgerlijke rechter in een tweede

197 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:RBME:2013:2773 (Onduidelijk ziektebeeld), r.o. 4.2-4.3.

198 Rb. Amsterdam 26 mei 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AN6249, AB 2000/104 m.nt. B.P. Vermeulen, r.o. 8.

199 Rb. Leeuwarden 24 januari 2007, ECLI:2007:RBLEE: AZ7651, JA 2007/68 m.nt. H. Peters, r.o. 4.4.

200 Rb. Limburg 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1280 (Depressieve student/Stichting Arcus College), r.o. 4.3.6 en 4.3.12.

201 Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, JA 2010/38.

procedure vervolgens dat de onderwijsorganisatie in beginsel aansprakelijk was voor de als gevolg van het voortduren van het conflict ontstane schade. Hoewel de school volgens de rechtbank in beginsel de vrijheid had om het onderwijs naar eigen bevinden in te richten (hetgeen een marginale toetsing tot gevolg heeft), werd in dit concrete geval geoordeeld dat door de onderwijsorganisatie genomen maatregelen om de schade te beperken onvoldoende waren.

Mijn lezing van deze drie voorbeelden is dat het een onderwijsorganisatie niet meteen wordt aangerekend als de kwaliteit van het onderwijs gebrekkig blijkt. Wel moet de onderwijsorganisatie alsdan in actie komen, voldoende maatregelen nemen en de schade beperken. Of de onderwijsorganisatie aan die nadere zorgplicht voldoet, lijkt relatief eenvoudiger door een rechter objectief te beantwoorden dan de meer abstracte vraag of de kwaliteit in algemene zin wel of niet gebrekkig was.

D. Het beginsel van organisatorische behoorlijkheid

Een derde zorgplicht die terug gevonden kan worden in de jurisprudentie wordt door mij aangeduid als het beginsel van organisatorische behoorlijkheid. Zij hangt dicht aan tegen het door Cohen benoemde beginsel van onbelemmerde studievoortgang.²⁰²

Het beginsel van organisatorische behoorlijkheid is onder meer terug te vinden in de voor het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs geldende bekostigingsvoorwaarde dat een opleiding studeerbaar moet zijn (artikel 7.2.7 lid 1 Web en artikel 7.4 lid 2 Whw). In het middelbaar beroepsonderwijs is daar de afgelopen jaren aan toegevoegd dat een opleiding ook gericht moet zijn op het arbeidsmarktperspectief (artikel 6.1.3 lid 1 Web) en op het belang van de beroepsopleiding voor de bedrijfstak (artikel 6.1.3 lid 2 Web). Inmiddels lijkt de bepaling zo te worden opgevat dat onderwijsorganisaties een verplichting hebben tot niet alleen het aanbieden van onderwijs maar ook het begeleiden van de student opdat deze de opleiding binnen de gestelde termijn kan afronden. Met het oog daarop hebben veel hoger onderwijsorganisaties gekozen voor bindende studieadviezen en het strenger handhaven van interne regels die zien op de inschrijving en toelating tot tentamens, de overgang naar volgende studie jaren en de geldigheidsduur van tentamens. Dit leidt met enige regelmaat tot administratieve 'ongelukken' en verleidt onderwijsorganisaties tot het vertonen van procedure strengheid. Was begin deze eeuw nog sprake van circa 80 beroepen bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) per jaar, dat waren er in 2014 bijna 300.²⁰³

202 Cohen 1981, p. 31.

203 Zie website CBHO: www.cbho.nl.

Die administratieve ongelukken kunnen soms tot studievertraging leiden en tot de vraag of een student alsdan aanspraak kan maken op schadevergoeding. In 2015 zagen we dit terug bij de UvA.²⁰⁴ Een gegrondverklaring door het CBHO van een beroep van een student tegen de weigering een student in te schrijven voor een tentamen, leidde in dat jaar tot de toekenning van schadevergoeding van 10.000 euro door de burgerlijke rechter omdat de student een half jaar later op de arbeidsmarkt zou komen.²⁰⁵ De achtergrond van het vasthouden aan die weigering was blijkens de uitspraak en het voorafgaande beroep gelegen in de behoefte bij de onderwijsorganisatie om het studierendement in algemene zin te bevorderen. Die behoefte botst soms met het individuele belang van studenten – zeker sinds het recente leenstelsel – om geen studievertraging te hebben.

Het beginsel van organisatorische behoorlijkheid speelde ook een rol in twee zaken uit 2013 en 2014 omtrent de weigering van Inholland respectievelijk Windesheim een getuigschrift af te geven.²⁰⁶ In beide zaken had de betrokken docent een voldoende afgegeven voor de afstudeerscriptie en stage en had de examencommissie in eerste instantie besloten tot uitreiking van het diploma, maar daar later toch van afgezien. Bij Inholland ging het om een van de studenten waarvan de NVAO achteraf had geoordeeld dat de afstudeerscriptie van onvoldoende kwaliteit was om het diploma te rechtvaardigen. In beide zaken oordeelde de burgerlijke rechter na ampele overweging dat toch een getuigschrift moest worden uitgereikt op verbeurte van een dwangsom en werd schadevergoeding toegekend.²⁰⁷

Een ander voorbeeld van een gebrek aan organisatorische behoorlijkheid is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland uit 2016 over de door de Hogeschool Utrecht aangeboden opleiding ‘medische hulpverlening’.²⁰⁸ De betreffende opleiding beschikte wel over een accreditatie maar het beroep ‘medisch hulpverlener ambulancezorg, spoedeisende hulp en anesthesie’ waarvoor werd opgeleid ontbeerde een zogeheten BIG-registratie nodig om medische handelingen te kunnen verrichten. De studenten, intensief ondersteund door het Landelijk Studenten Rechtsbureau, meenden dat gelet hierop de opleiding niet voldeed aan het verlangde arbeidsmarktperspectief en dat zij studievertraging hadden opgelopen wegens een gebrek aan stageplaatsen. De rechtbank oordeelde vervolgens dat het onder de onderwijsovereenkomst één van de hoofdverplichtingen van de hogeschool

204 Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3202 (UvA/student) en College van Beroep voor het Hoger Onderwijs 27 augustus 2013, zaaksnummer 2013/030.

205 Die wijze van schadeberekening is schatplichtig met de schadeberekening bij medische ongevallen en verkeersongelukken.

206 Rb. Den Haag 4 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14531, AB 2014/168 m.nt. Philipsen en De Wit (Inholland; weigering uitreiking getuigschrift) en Voorzieningenrechter Rb. Overijssel 27 maart 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:1573 (Windesheim; weigering uitreiking getuigschrift).

207 *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 3, p. 24. Zie over beide uitspraken ook: Van Hees-Zandbergen 2015.

208 Rb. Midden-Nederland, 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1013, JA 2016/83 m.nt. B. Pajmans.

is om de student in staat te stellen zonder noemenswaardige studievertraging de studie te kunnen afronden en in beginsel in aanmerking te laten komen voor de functies waarvoor de betreffende opleiding opleidde. Volgens de Rechtbank Midden-Nederland was de Hogeschool Utrecht daarin toerekenbaar tekortgeschoten nu zij ervoor had gekozen een opleiding te starten zonder voorafgaand voldoende zekerheid over de noodzaak c.q. wenselijkheid van de juridische inbedding van de opleiding te hebben.²⁰⁹ In casu deden latere inspanningen om de situatie te keren daaraan niet af.

E. Beginselen van 'educational malpractice'

De ontwikkelingen op het terrein van *educational malpractice* hebben betekenis voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen onderwijsorganisaties en leerlingen/studenten. De onderwijswetgeving geeft enige invulling aan de krachtens artikelen 6:74 en 6:162 BW te gelden norm. Diskwalificerende onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs of de NVAO vormen *sec* geen voldoende bewijs voor het aannemen van onrechtmatig handelen, maar kunnen de bewijspositie wel beïnvloeden. Deze doorwerking van publiekrechtelijke normen en onderzoeken wordt pregnanter met de groei van het aantal zorgplichten en de intensiteit van het externe toezicht. Verwacht mag worden dat ook zelfregulering, al dan niet op sectorniveau, in concrete gevallen de prestatienorm nader kan invullen.

Dat is op zich een ontwikkeling die we ook terugvinden in de literatuur en jurisprudentie over bijvoorbeeld sportongelukken, de bancaire zorgplicht en het huurrecht.²¹⁰ Het voorgaande leert verder dat een concretisering vooraf van de normen waaraan het onderwijs als prestatie heeft te voldoen lastig blijft maar wel ontwikkelen zich een aantal beginselen.

- De precieze kwalificatie van de privaatrechtelijke rechtsverhouding kan bij educational malpractice in het midden blijven, maar de figuur van de onderwijsovereenkomst verdient de voorkeur.
- De rechter toetst het handelen van de onderwijsorganisatie marginaal en terughoudend, zeker voor zover het betreft geschillen die zien op inhoudelijke beoordelingen of de algemene organisatorische inrichting en vormgeving van het onderwijs.
- De rechter kan de te betrachten norm die voortvloeit uit de artikel 6:74 en 6:162 BW nader invullen door te verwijzen naar de voor het onderwijs te gelden deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden. Als de onderwijswetgeving een specifieke zorgplicht bevat bestaat de kans dat rechter genegen is de redelijkheid en billijkheid met die bijzondere publiekrechtelijke zorgplicht concreter invulling te geven.
- Van onderwijsorganisaties wordt veeleer een inspanning verlangd en in mindere mate een resultaat.

²⁰⁹ Idem, r.o. 4.10.

²¹⁰ Bierens 2013, Zeilstra 2013 en Westhoff 2013.

- De rechter stelt de vraag of de onderwijsorganisatie heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende onderwijsorganisatie in gelijke omstandigheden mocht worden verwacht.
- De verlangde zorgvuldigheid brengt mee dat een onderwijsorganisatie geacht wordt in voldoende mate signalen op te pikken en eventuele schade redelijkerwijs te beperken
- De verlangde zorgvuldigheid brengt voorts mee dat het onderwijs organisatorisch zo wordt ingericht dat in beginsel een onbelemmerde voortgang mogelijk is en dat rekening wordt gehouden met de redelijkerwijs te verwachten gevolgen van (wijzigingen in) die organisatorische inrichting voor een individuele leerling/student.

6.6 ONTWIKKELING VAN HET PRIVAATRECHT IN RELATIE TOT DE BESTUURLIJKE AUTONOMIE

6.6.1 *Vermaatschappelijking van het privaatrecht*

In deze paragraaf wordt de betekenis van het privaatrecht voor bestuurders in het onderwijs meer in perspectief geplaatst. Om dat te kunnen doen is het – naast de analyse in de vorige paragrafen – wenselijk kort stil te staan bij de ontwikkeling van het privaatrecht in algemene zin.

Op de introductiepagina van de Rijksoverheid wordt onder het kopje Wetgeving en rechtsgebieden/Privaatrecht het privaatrecht als volgt gedefinieerd: “Het privaatrecht beschrijft hoe burgers en bedrijven met elkaar moeten omgaan. De regels hiervoor staan in het Burgerlijk wetboek.” De in de vorige paragrafen beschreven privaatrechtelijke sturingsinstrumenten en het (potentieel) gebruik daarvan maken duidelijk dat dit een te nauwe definitie is. De overheid is allereerst zelf met enige regelmaat partij en kan als partij of belanghebbende al snel een beroep doen op een privaatrechtelijk instrument. Daarnaast geven de publiekrechtelijke bekostigingsvoorwaarden inkleuring aan de in het privaatrecht te gelden normen. De wetgever wijzigt ook met regelmaat wetten van privaatrechtelijke aard om maatschappelijke doelen te bereiken.

Dit laatste punt, het door de wetgever vaststellen en wijzigen van wetgeving van privaatrechtelijke aard met het oogmerk om een maatschappelijk doel te bereiken, kan worden aangeduid als de ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’. Deze vermaatschappelijking van het privaatrecht is op zich niet nieuw. Het jaar 1914 markeert de ontwikkeling van het klassiek privaatrecht gericht op contractsvrijheid en bescherming van eigendom naar een ‘vermaatschappelijking’ van het privaatrecht waarin “de collectiviteit meer op de voorgrond is gekomen” en “het gemeenschapsbelang meer boven de wil en het belang van enkeling

is gaan prevaleren”.²¹¹ Een maand na het begin van de Eerste Wereldoorlog verzochten de juristen Meijers en Scholten dat de wet ieder gezag verloren leek te hebben: “Met het tooverwoord ‘force majeure’ meent men van al zijn verplichtingen bevrijd te zijn”.²¹² Ze kwalificeerden destijds de toestand van het economisch rechtsverkeer zelfs als “heerschende anarchie”.²¹³ De onrust was zo groot dat de regering zich in het landsbelang genoodzaakt zag in te grijpen in het burgerlijk rechtsverkeer en al snel was sprake van een hele hausse aan privaatrechtelijke regelgeving met maatschappelijk oogmerk.²¹⁴

Deze vermaatschappelijking van het privaatrecht is nauw verbonden met de interpretatie van privaatrechtelijke normen als ‘onrechtmatigheid’ en ‘redelijkheid en billijkheid’. Het burgerlijk recht moet oplossingen zoeken en vinden die zowel praktisch als theoretisch aanvaardbaar zijn en dat vergt interpretatie.²¹⁵ Objectieve onrechtmatigheid kan bestaan om de enkele grond van onevenredigheid bij de vraag wat rechtmatig is, wegen eisen van ons rechtsgevoel en maatschappelijke en individuele belangen mee.²¹⁶ Hoewel omwille van de noodzakelijke rechtszekerheid goede wetgeving cruciaal is, weegt uiteindelijk ook in meer of mindere mate de actuele maatschappelijk-politieke context mee. Of, in de woorden van het huidige artikel 3:12 BW: “Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen”. Het privaatrecht vervult ook een maatschappelijke functie.

6.6.2 *Instrumentalisering van het privaatrecht?*

Gebruikers van het privaatrecht zijn niet geheel vrij om altijd een beroep te doen op een hen toekomend privaatrechtelijke instrument. Allereerst heeft elke gebruiker van het privaatrecht de (morele) verplichting zich bij een beroep op een burgerlijk recht enigszins terughoudend op te stellen. In elk geval mag een gebruiker zijn burgerlijke rechten niet misbruiken, zo bevestigt artikel 3:13 BW. Ten tweede mag van elke gebruiker van het privaatrecht worden verlangd om de gerechtvaardigde belangen af te wegen van degene jegens wie hij een beroep doet op zijn bevoegdheid of rechten. Deze algemene norm van terughoudendheid volgt uit de artikelen 2:8 BW, 3:12 BW en 3:14 BW.

211 Valkhoff 1938, p. 243-244.

212 Meijers & Scholten 1914, p. 389-390.

213 Meijers & Scholten 1914, p. 390.

214 Jansen 2014. Jansen wijst onder meer op De Beurswet 1914, de Betalingsuitstelwet 1914, de Huurcommissiewet 1917 en de Huuropzeggingwet 1918.

215 Scholten 1931, nr. 21 en 50. Scholten was overigens niet onbekend met de organisatie van het onderwijs: van 1927 tot 1935 was hij lid van de Onderwijsraad en hij is tevens rector magnificus geweest van wat nu de UvA heet.

216 Meijers 1948, p. 1-6 en Galenkamp 2011.

De algemene norm van terughoudendheid geldt ook voor de wetgever bij de vaststelling en formulering van privaatrechtelijke instrumenten en het gebruik van die instrumenten door de overheid. De in dit hoofdstuk verrichte analyse leert niettemin dat overheid en (onderwijs)wetgever met enige regelmaat gebruikmaken van het privaatrecht om concreet sturing te geven aan de uitkomst van prestaties of corrigerend op te treden. Dit duidt op het instrumenteel inzetten van het privaatrecht in aanvulling op het publiekrechtelijk instrumentarium.

Voorbeelden van relatief lichte vormen van instrumenteel gebruik van het privaatrecht zijn de zorgplicht functiescheiding en de beperking van de bestuursbevoegdheid middels advies- en goedkeuringsrechten. Voorbeelden van zwaardere vormen zijn het aansprakelijk stellen van bestuurders en intern toezichthouders en de voorstellen tot wijziging van de ontslagbevoegdheid door de rechtbank. Hoewel voor de privaatrechtelijke interventie-instrumenten in de correctieve fase het gebruik daarvan beperkt zal blijven tot zeer uitzonderlijke gevallen, hebben zij bij voorbaat effect op het bestuurlijk handelen en de ervaren bestuurlijke autonomie. Bestuurders kunnen hierdoor defensiever worden. Bovendien kan de enkele aanwezigheid van een privaatrechtelijke sturingsinstrument de politieke vraag oproepen waarom de overheid in geval van een (vermeende) crises of misstand dat instrument niet heeft ingezet.

Hartlief heeft in 2014 opmerkingen gemaakt over het gebruik van privaatrecht in situaties van crises.²¹⁷ Hij beschreef allereerst de tegenstrijdige tendens tussen enerzijds een op het oog terugtrekkende overheid die een beroep doet op ‘eigen verantwoordelijkheid’ en ‘participatie’ en anderzijds een overheid die zijn invloed en doorzettingsmacht benut in acute situaties en deze eeuw veel aandacht besteedt aan privaatrechtelijke handhaving.²¹⁸ Vervolgens concludeerde hij dat sprake was van een instrumentalisering van het aansprakelijkheidsrecht en dat – in onder meer de financiële sector – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplichten naast elkaar bestaan. Hij stelde zich daarbij de vraag of het privaatrecht als rechtsgebied niet ‘in nood’ was.²¹⁹ Hartlief gaf in elk geval als antwoord dat de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht ‘diffuus’ is geworden als gevolg van (1) de dadendrang van regelgevers na crises, (2) het opportunisme van de politiek en (3) het onuitroeibare geloof in wetgeving als instrument van verandering.

217 Zo worden de relletjes in Ondiep (2008), het Facebook-feestje in Haren (2012) en een treinongeluk bij het Westerpark te Amsterdam (2012) reeds aangewezen als situaties “*waarin een vitaal belang van de samenleving is aangetast of dreigt te worden aangetast*”. Muller 2014, p. 1-64.

218 Hartlief 2014, p. 134-148. Hartlief gaat in op de Wet collectieve afwikkeling massaschade uit 2005 als voorbeeld en analyseert het (privaatrechtelijk) optreden van de overheid bij Fortis en DSB, Diginotar (cybersecurity), Enschede & Volendam, Legionella en de Q-koorts.

219 Hartlief 2014, p. 137.

De analyse van Hartlief dat de verhouding diffuus is geldt ook voor het onderwijs. De diverse publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen zijn niet altijd gelijk maar vertonen wel veel gelijkenis. Het meest duidelijke voorbeeld daarvan is de keuze voor het begrip ‘wanbeheer’ bij de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid. Dat begrip heeft veel weg van het begrip wanbeheer in artikel 2:298 lid 1 BW en het begrip wanbeleid in artikel 2:355 BW. Nog opvallender is dat meerdere privaatrechtelijke en publiekrechtelijke sturingsinstrumenten elkaar overlappen qua doel en mogelijk eindresultaat. Op basis van de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en openbare onderzoeksrapporten kan worden vastgesteld dat onderwijswetgever, overheid en externe toezichthouders zich zelden de vraag stellen wat de betekenis is van de ontwikkeling of het gebruik van een sturingsinstrument in breder verband. Zo is het als minister van OCW geven van een opdracht aan een commissie om onderzoek te doen naar de achterliggende oorzaken van misstanden verstandig. Echter, op het moment dat de minister van OCW meegeeft dat tevens moet worden onderzocht of er mogelijk gronden zijn voor een aansprakelijkstelling van de bestuurders komt de juridische kwaliteit en zorgvuldigheid van dit onderzoek onder een vergrootglas te liggen.²²⁰ De kans bestaat voorts dat ook bij andere onderzoeken van de Inspectie van het Onderwijs, bestuurders voorzichtiger worden en rekening gaan houden met de mogelijkheid dat er onderzoek wordt gedaan naar de vraag of hen een persoonlijk (ernstig) verwijt te maken valt. Dat lijkt mij in zijn algemeenheid onwenselijk.

6.6.3 *Overheid en privaatrecht*

De motivering voor overheid en onderwijswetgever om gebruik te maken van het privaatrecht is in zijn algemeenheid terug te voeren tot de taak van de overheid om zorg te dragen voor de kwaliteit van het onderwijs en het toezicht daarop. Indien de overheid gebruik wenst te maken van een privaatrechtelijk instrument zal de toets echter – in aanvulling op het voorgaande – allereerst moeten zijn of het gebruik door de overheid van zijn burgerlijk recht niet een misbruik van bevoegdheden (artikel 3:13 BW) of strijd met (ongeschreven) publiek recht (artikel 3:14 BW) tot gevolg heeft. De klassieke leer sinds het Windmill-arrest uit 1990 is dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid is afgesloten op het moment dat de overheid zijn doel ook kan bereiken via de bestuursrechtelijke weg.²²¹ De uitleg van het Windmill-criterium is kort gezegd de volgende. De eerste vraag is of de wetgever de bescherming van een belang heeft geregeld of heeft willen regelen. Als het belang publiekrechtelijk is beschermd, behoort de overheid de publiekrechtelijke weg te volgen. Als het belang privaatrechtelijk is beschermd, dan is de overheid in beginsel bevoegd te kiezen voor de privaatrechtelijke route. Deze leer is minder hard dan zij oogt. Er lijkt

220 Stcrt. 2012, 26578, 20 december 2012, p. 3 en *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 65, p. 4.

221 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 m.nt. MS, AB 1990, 408 m.nt. Kleijn (Windmill).

enige ruimte te zijn voor het afwegen van belangen, pragmatisme en een beoordeling van de casuïstische omstandigheden.²²²

Bij het gebruik door de overheid van het privaatrecht, en vooral bij privaatrechtelijke interventie-instrumenten, kan discussie ontstaan over de vraag of de wetgever met dat privaatrechtelijke instrument inderdaad het belang van de overheid heeft beogen te beschermen en/of de keuze van de overheid voor de privaatrechtelijke route niet leidt tot een ontoelaatbare doorkruising van een bestaande publiekrechtelijke regeling. Een eventueel oordeel over zo'n ontoelaatbare doorkruising is volgens de Hoge Raad afhankelijk van (a) de inhoud, strekking en achtergrond van de andere regeling, (b) de wijze waarop en de mate waarin die andere regeling de belangen van de burgers beschermd en of (c) de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid.²²³

Bij de doorkruisingsvraag spelen in concrete situaties twee factoren. De eerste factor is of het gebruik van het privaatrecht voldoende past binnen de gehele context van het publiekrecht. Deze factor vindt zijn oorsprong in de algemene wens de 'zwakke positie' van de burger te beschermen tegen de overheid, alsmede de democratische en organisatorische functie van het recht.²²⁴ De keuze voor het privaatrecht mag op de democratische en organisatorische functie en in het bijzonder de rechtsbescherming geen inbreuk maken. Anders gezegd, als de wetgever iets niet regelt of voorziet dan mag ze geen andere middelen gebruiken om alsnog een punt te maken. Deze factor kent erg veel betekenis toe aan de bedoeling van de wetgever bij de betrokken publiekrechtelijke regeling.²²⁵ De tweede factor ziet op het criterium van vergelijkbaar resultaat. Het uitgangspunt is als gevolg van Windmill de volgende: als de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken, mag hij geen beroep doen op zijn eventuele privaatrechtelijke bevoegdheid. Onder vergelijkbaar resultaat wordt ook wel begrepen een even effectief resultaat. Of een resultaat voldoende vergelijkbaar en effectief is, zal niet altijd duidelijk zijn.

Het Windmill-arrest speelt tot op heden geen prominente rol in het debat over het gebruik van het privaatrecht in het onderwijs. Desondanks kan men stellen dat het aantal publiekrechtelijke bevoegdheden van de overheid in de rechtsverhouding overheid-onderwijsorganisatie en overheid-bestuurder reeds dusdanig groot is, dat er in vrijwel elke situatie een publiekrechtelijke interventie bevoegdheid voor handen is. Met de publiekrechtelijke

222 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 529.

223 Deze opsomming is ontleend aan: Barkhuysen, De Kruif, Den Ouden & Schuurmans 2014, p. 306.

224 Simon 1993, p. 384 en de verwijzingen op die pagina.

225 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 529.

telijke aanwijzingsbevoegdheid kan bijvoorbeeld bij onderwijsstichtingen eenzelfde resultaat worden bereikt als met het privaatrechtelijke verzoek tot ontslag van de bestuurder door de rechtbank. Hetzelfde geldt in het openbaar funderend onderwijs voor de bevoegdheid van de gemeente om een beroep te doen op de publiekrechtelijke ernstige taakverwaarlozingsregeling en de bevoegdheid tot statutair ontslag.

De voorstellen tot verruiming van de reikwijdte van artikel 2:298 BW – en in elk geval het in de toelichting expliciet verwijzen naar de sector onderwijs – en het als overheid doen van onderzoek met als oogmerk het beoordelen van de vraag of er een reden is om tot aansprakelijkstelling van bestuurders over te gaan, beschouw ik dan ook vooral als symboolpolitiek. De verruiming van artikel 2:298 BW is overbodig nu de publiekrechtelijke aanwijzingsbevoegdheid reeds voldoende aanknopingspunten biedt. Het met enige regelmaat benadrukken van de mogelijkheid van aansprakelijkstelling van individuele bestuurders voegt niets toe nu de hoge lat voor bestuurdersaansprakelijkheid niet snel zal wijzigen, goed te rechtvaardigen is en uiteindelijk in het belang van de verlangde onderwijsrechtelijke en bestuurlijke autonomie is. Dit soort symboolpolitiek draagt niet bij aan het maatschappelijk vertrouwen in bestuurders dat ook nodig is en verhoogt veeleer de politieke druk om met weinig terughoudendheid bestuurders in privé aan te spreken; ook als eigenlijk vooraf al verwacht mag worden dat geen sprake is van persoonlijk ernstige verwijtbaarheid. Dat is valse daadkracht.

6.7 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

6.7.1 *Inleiding*

Het privaatrecht biedt bestuurders een toetsingskader voor hun bestuurlijk handelen. Ten behoeve van de beantwoording van de vraag wat de betekenis is van het privaatrecht voor de positie van de bestuurder zijn in de paragrafen 6.2 tot 6.4 de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten besproken. In paragraaf 6.5 is stil gestaan bij het leerstuk *educational malpractice* en in paragraaf 6.6 is de ontwikkeling van het privaatrecht in algemeen perspectief geplaatst. Uit deze paragrafen blijkt dat het privaatrecht zowel verplichtingen als rechten schept. Het korte antwoord op de geformuleerde vraag is dan ook dat het privaatrecht de bestuurlijke autonomie van bestuurders begrensd. Die begrenzing beperkt de bestuurlijke autonomie van de bestuurder maar beschermt deze ook.

De beperking van de bestuursautonomie volgt uit de constitutieve voorwaarden voor de onderwijsorganisatie en de wettelijke en statutaire beperkingen van de bestuursbevoegdheid. Bij de interpretatie van de op de onderwijsorganisatie en de bestuurder rustende privaat-

rechtelijke verplichtingen geldt dat de onderliggende privaatrechtelijke norm deels invulling krijgt door de uit de onderwijswet- en regelgeving voortvloeiende normen. Deze publiekrechtelijke normen geven bij de beantwoording van de vraag of sprake is van ‘wanbeheer’, ‘wanbeleid’, ‘kennelijke onbehoorlijkheid’, ‘persoonlijke ernstige verwijtbaarheid’, ‘wanprestatie’ of ‘onrechtmatigheid’ kleuring aan de door de onderwijsorganisatie en de bestuurder te betrachten zorg.

Tegelijkertijd biedt het privaatrecht de bestuurder ook bescherming. Zo is de door het Forumbank-arrest bevestigde hoofdregel van het algemeen rechtspersonenrecht dat een bestuurder bestuurt. Onverminderd de toekenning van overleg-, advies- en/of goedkeuringsrechten aan anderen dan het bestuur, hebben die anderen geen recht van amendement. Het bestuur mag en moet besturen. Dat biedt bestuurders enige bescherming bij potentiële inbreuken op hun bestuursautonomie. Ook voor bestuurdersaansprakelijkheid geldt uiteindelijk dat de drempel en de rechterlijke lat hoog zijn. De beschermende wal van rechtspersoonlijkheid kan niet snel worden weggenomen. Uiteindelijk zal er ook bij bestuurdersaansprakelijkheid sprake moeten zijn van een daadwerkelijk “persoonlijk ernstig verwijt”. Het enkele gegeven dat een bestuurder bestuurt en het gezicht is van een onderwijsorganisatie, is nog steeds onvoldoende voor de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid en het vereenzelvigen van rechtspersoon (onderwijsorganisatie) en bestuurder.

6.7.2 *De reikwijdte en het gebruik van privaatrechtelijke sturingsinstrumenten neemt toe*

In de paragrafen 6.2-6.5 zijn de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten per fase besproken. De meest in het oog springende conclusie is dat het gebruik van de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten de afgelopen jaren toeneemt. Niet alleen dienen – zoals beschreven in hoofdstuk 4 – de functies van bestuur en toezicht te zijn gescheiden. Ook is inmiddels sprake van een groot aantal advies-, goedkeurings- en instemmingsrechten die de bestuursbevoegdheid van het bestuur beperken. Hierbij is de soms gebrekkige motivering van toekenning en gebruik van dergelijke rechten – en de verstoring van de machtsbalans die daarvan uitgaat – een aandachtspunt. Met meer rechten komen ook meer verantwoordelijkheden voor anderen dan het bestuur en zijn leden. Naarmate anderen dan het bestuur meer invloed hebben op de uitkomst van het besluitvormingsproces, wordt de machtspositie van de bestuurder geringer.²²⁶ Dat is uiteraard juist het doel

²²⁶ De term machtspositie is ontleend aan Rb. Midden Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, *JIN* 2015/12 m.nt. F. Oostlander (Woningstichting Rentree), r.o. 4.54: “Gelet op wat in de vorige alinea is overwogen is [gedaagde] in een uitzonderlijke machtspositie gebracht, met het daaraan inherente risico dat hij onvoldoende zou beseffen dat ook de aanzienlijke kans op het verlies van ‘slechts’ enkele miljoenen euro’s niet door de beugel kan.”

van nieuwe diverse bepalingen en beperkingen, maar heeft als contra-effect in potentie invloed op de beoordeling van de mate waarin aan een bestuurder nog wel een verwijt kan worden gemaakt bij onjuiste bestuursbesluiten. Hij werkt immers eigenlijk altijd samen, moet zorgdragen voor bestuurlijk draagvlak en staat aan het eind van het besluitvormingsproces.

Uit paragraaf 6.4 blijkt niettemin dat de aandacht voor de diverse privaatrechtelijke interventie-instrumenten in vooral de correctieve fase groot is. Er lijkt weinig aarzeling te bestaan bij de diverse actoren in het bestuurlijk krachtenveld om te wijzen op de diverse privaatrechtelijke instrumenten en daarvan gebruik te maken. Dat geldt in het bijzonder voor het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. Ondanks dat de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid gelet op het vereiste van “persoonlijk ernstig verwijt” hoog ligt, komt dit leerstuk steeds vaker in beeld. Uit de beperkte beschikbare jurisprudentie blijkt dat grote waarde wordt gehecht aan de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces en de naleving van de geldende wet- en regelgeving. Aangezien het voor onderwijsorganisaties geldende wettelijk normenkader zeer complex en fijnmazig is, is de kans groot dat niet altijd elk wettelijk voorschrift volledig zal zijn nageleefd. Het lijkt onevenredig dat elke niet-naleving van een onderwijsrechtelijk voorschrift een zwaarwegende omstandigheid vormt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens “persoonlijk ernstig verwijt” vestigt. Dat is uiteraard anders bij hoofdverplichtingen.

Een vergelijkbare trend is blijkens paragraaf 6.5 te zien op het terrein van *educational malpractice*. De reden om ook dit leerstuk te bespreken is gelegen in de indirecte betekenis voor de bestuurder. Een oordeel dat eventueel sprake is geweest van *educational malpractice*, kan ook een rol spelen bij de beoordeling van het functioneren van de bestuurder. Bovendien moet niet worden uitgesloten dat een schadevergoedingsplicht op enig moment dermate hoog is, dat de continuïteit of de kwaliteit van het onderwijs onder druk komt te staan. Het getuigt van professioneel bestuurlijk handelen om bij het geven van onderwijs met dat risico rekening te houden.

In paragraaf 6.6 wordt tot slot geconstateerd dat het privaatrecht vermaatschappelijkt en dat het privaatrecht in het onderwijs al snel instrumenteel wordt ingezet. De twee-wegenleer noopt in theorie de overheid wel tot een beperkt beroep op het privaatrecht als de publiekrechtelijke route nog openstaat, maar dat is weinig zichtbaar. De voorstellen tot verruiming van het toepassingsbereik van artikel 2:298 BW en het als overheid benadrukken van het mogelijk aansprakelijk stellen van bestuurders zijn mijns inziens onnodig en getuigen vooral van symboolpolitiek.

6.7.3 *Betekenis privaatrecht voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs*

Gelijk de conclusies in hoofdstuk 5 is het op basis van de conclusies in dit hoofdstuk mogelijk om op te merken dat reikwijdte, omvang en effect van de diverse privaatrechtelijke instrumenten en interventies toenemen. De bevoegdheid van het bestuur, waarvan bestuurders deel uitmaken, wordt vrij eenvoudig beperkt met behulp van goedkeuringsrechten. De aandacht voor proportionaliteit en adequate rechtsbescherming is beperkt.

De les van dit hoofdstuk is dat de diverse privaatrechtelijke sturingsinstrumenten de omvang van de bestuursautonomie begrenzen. Die begrenzing wordt zelfs aangehaald. De verhoudingen worden zakelijker. De toename van het aantal advies-, goedkeurings- en instemmingsrechten voor medezeggenschap, intern toezichthouders en overheden duidt er niet alleen op dat de diverse actoren betrokken willen zijn bij de bepaling van de strategie. Het getuigt tegelijkertijd van weinig vertrouwen bij de verschillende actoren in de professionaliteit en kwaliteit van het bestuurlijk handelen. Hun bestuurlijke bevoegdheden behoeven volgens hen kennelijk beperking. Dat is enigszins paradoxaal omdat de verwachtingen omtrent de kwaliteit van het bestuurlijk handelen juist zo hoog zijn. Zodra er iets verkeerd gaat, bestaat er de behoefte om na te gaan hoe dat komt, of de bestuurder daar niet voor verantwoordelijk is en wie de eventuele schade moet dragen. Dit heeft niet alleen als bijkomend effect dat bestuurders afhankelijker worden van hun bestuurlijk draagvlak maar ook dat het privébelang van bestuurders bij het besturen en moeilijke besluiten toeneemt. In de correctieve fase wordt immers de blik vaker gericht op het functioneren van de bestuurder. Die impact kan positief zijn doordat bestuurders risico's beter moeten gaan inschatten. Zij kan echter ook leiden tot defensief gedrag, verantwoordingsaversie, minder innovatie en minder maatschappelijk ondernemerschap. Uiteindelijk is dat negatief voor de kwaliteit van het onderwijs.

Het privaatrecht is voor bestuurders van onderwijsorganisaties een toetsingskader dat misschien wel van aanvullende aard lijkt te zijn maar potentieel een grote impact heeft. We kunnen dit als een gegeven beschouwen. Toch lijkt er meer aan de hand. De publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normering en handhaving raken met elkaar vervlochten. Overheid, onderwijswetgever en beleidsmakers lijken zich daarvan onvoldoende bewust. Die vervlechting nooopt mijns inziens tot meer aandacht voor de overeenkomsten en verschillen tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normering en handhaving en meer terughoudendheid bij promotie en gebruik door de overheid van privaatrechtelijke interventie-instrumenten.

HOOFDSTUK 7 – SAMENWERKING IN HET ONDERWIJS

7.1 INLEIDING

7.1.1 Vooraf

Samenwerking bij onderwijsorganisaties is van alledag. Een onderwijsorganisatie zelf is de optelsom van individuen, goederen en kapitaal en vormt als zodanig reeds een verband. Op de school of onderwijsinstelling zelf is elke dag sprake van een samenwerking tussen docenten, leerkrachten en ondersteuners die leidt tot een onderwijsaanbod. In de klas is sprake van interactie tussen docent en leerlingen en tussen leerlingen onderling. Die interactie leidt tot leerprestaties. Van bestuurders wordt op hun beurt verwacht dat zij de verantwoordelijkheid nemen voor het functioneren van de onderwijsorganisaties als geheel. Bestuurders werken samen met directeuren, docenten en ouders om ervoor te zorgen dat er goed onderwijs wordt gegeven. Als het bestuur bestaat uit meer dan één persoon, bepalen de bestuurders gezamenlijk het bestuursbeleid.

Onderwijsorganisaties kunnen echter geen *einzelgänger* zijn. Van hen wordt direct of indirect verwacht dat ze kennis delen, doelmatigheid bevorderen en dat ze zich samen met anderen richten op de versterking van het onderwijs. Van onderwijsorganisaties wordt verlangd dat zij op enigerlei wijze invulling geven aan de maatschappelijke functie van het onderwijs. Dat geldt indirect ook voor hun bestuurders.

7.1.2 Vraagstelling en opzet hoofdstuk

Samenwerking is het centrale thema van dit hoofdstuk. Vertrekpunt is dat een bestuurder van een onderwijsorganisatie zijn onderwijsorganisatie vertegenwoordigt, contacten onderhoudt en op de resultaten van die samenwerking wordt aangesproken. De vraagstelling voor dit hoofdstuk luidt dan ook als volgt:

1. Wat betekenen het verschijnsel van samenwerking in het onderwijs en de ontwikkeling van dat verschijnsel voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs.

Dit hoofdstuk gaat niet over de samenwerking binnen een onderwijsorganisatie of op een school en ook niet over de samenwerking tussen bestuurders binnen een bestuur. De blik

van dit hoofdstuk is gericht op de samenwerking tussen onderwijsorganisaties, op hun samenwerking met andere (maatschappelijke) organisaties en op de bijbehorende bestuurlijke netwerken.

Naar de juridische positie van bestuurders bij nevengeschikte samenwerkingen is vrij weinig onderzoek gedaan. In de literatuur wordt doorgaans vooral gekeken *hoe* de samenwerking juridisch is vorm gegeven.¹ Juridische onderwerpen die dan aan bod komen zijn bijvoorbeeld de verhouding tussen aandeelhouders, de relatie met de ondernemingsraad en de vakbond, het fusie- en overnamerecht, personenvennootschappen of mededinging. Soms wordt ook wel bestudeerd of samenwerkingen en andere vormen van solidariteit effect hebben voor de aansprakelijkheid van rechtspersonen.² Die relatie tussen aansprakelijkheid en samenwerking speelt uiteraard ook een rol bij samenwerkingen in concernverband en een juridisch vraagstuk als vereenzelviging van rechtspersonen.³

Het verschijnsel samenwerking als zodanig wordt kort toegelicht in paragraaf 7.2. In paragraaf 7.3 worden vervolgens enkele voorbeelden van samenwerking in het primair en voortgezet onderwijs besproken. In paragraaf 7.4 wordt ingegaan op de in de onderwijs-wetgeving uitgewerkte faciliteiten voor samenwerking, terwijl in paragraaf 7.5 de bekostigingsvoorwaarden bij samenwerking en de fusietoets als onderwijsrechtelijke randvoorwaarden worden besproken.

Paragraaf 7.6 bevat een afsluitende analyse over het verschijnsel van samenwerking in het onderwijs en de mogelijke betekenis daarvan voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs.

Dit hoofdstuk is mede gebaseerd op twee eerdere verkenningen van het verschijnsel samenwerking in het onderwijs. In 2010 stelde ik een eerste overzicht op van samenwerkingsverplichtingen in het onderwijs.⁴ Doelstelling destijds was een beschrijving van de meest opvallende kenmerken van die samenwerkingsverplichtingen en een beschrijving van de centrale dienst als samenwerkingsfaciliteit. In 2012 ging ik naar aanleiding van de aangekondigde Wet passend onderwijs samen met Laseur in op de mogelijke betekenis

1 Timmerman e.a. 2011.

2 Tjong Tjin Tai, Van Doorn, Zegveld & Van Laarhoven 2009, Tjong Tjin Tai 2011 en Tjong Tjin Tai 2012.

3 Zie hierover bijvoorbeeld Van Solinge e.a. 2012. Voor vereenzelviging geldt dat de Hoge Raad in 2000 heeft besloten en in 2009 heeft bevestigd dat vereenzelviging van rechtspersonen niet snel aan de orde is en dat de oplossing in dergelijke situaties gezocht moet worden in de onrechtmatigheid van het (niet-)handelen van degene die van het identiteitsverschil misbruik heeft gemaakt. Zie HR 13 oktober 2000, *TvI* 2001, p. 39 e.v. m.nt. J.B. Huizink (Rainbow) en HR 27 februari 2009, *JOR* 2009/104 m.nt. Jeroen Kortmann (Waaldijk).

4 Nolen 2010.

van dergelijke samenwerkingsverplichtingen voor de autonomie van onderwijsorganisaties.⁵ Mede op basis van een eerste analyse van het wetsvoorstel Wet passend onderwijs, werd in dit tweede artikel opgemerkt dat dit wetsvoorstel nadrukkelijk ingreep op de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders, dat de bijbehorende bestuurlijke netwerkvorming tot gevolg had dat onderwijsorganisaties afhankelijker werden van hun bestuurlijk netwerk en dat het activeren van de bestuurlijke en maatschappelijke omgeving van onderwijsorganisaties bewust overheidsbeleid was en is.

7.1.3 *Mededinging en fiscaliteit*

Een opmerking vooraf betreft de toepasselijkheid van het mededingingsrecht en de daarin uitgewerkte concentratie- en kartelverboden. Anders dan in veel andere maatschappelijke sectoren, zoals de zorg of de kinderopvang, geldt voor het bekostigd onderwijs de hoofdregel dat bij samenwerkingen in het onderwijs het mededingingsrecht geen rol speelt. Het door de overheid bekostigd onderwijs wordt niet gezien als een economische activiteit die onder de reikwijdte van de Mededingingswet valt.⁶ Dat biedt onderwijsorganisaties de mogelijkheid afspraken te maken met elkaar, ook over het regionaal onderwijsaanbod. Dat versterkt hun lokale marktpositie. Een onderwijsorganisatie kan wel alsnog onder de reikwijdte van de Mededingingswet vallen op het moment dat de omvang van de omzet van zijn overige activiteiten (niet-bekostigd onderwijs, cursussen, contractactiviteiten, verhuur ruimte, enz.) dusdanig is dat deze boven de drempelwaarde geraakt. Voorts vallen maatschappelijk partners waarmee wordt samengewerkt soms onder de reikwijdte van Mededingingswet.

Bij samenwerkingen tussen onderwijsorganisaties of samenwerking door onderwijsorganisaties met andere organisaties is al snel sprake van geldstromen over en weer. Dat leidt met enige regelmaat tot vragen over de fiscale beoordeling van die geldstromen. Bij door onderwijsorganisaties onderling te verrichten prestaties bestaat de kans dat dit leidt tot een extra btw-druk van 21% over die prestaties. Een bespreking van de fiscale aspecten bij samenwerking vergt veel specialistische fiscale kennis en gaat het bereik van dit hoofdstuk te buiten. Wel lijkt de tendens te zijn dat de Belastingdienst in de toekomst in elk geval

⁵ Nolen & Laseur 2012.

⁶ Zie o.a. HvJEG, 27 september 1998, Humbel, zaak C-263/86, Jur. 5365, r.o. 17-20; HvJEG, 7 december 1993, Wirth, zaak C-109/92, Jur. I-6447, r.o. 15-19; HvJEG 11 september 2007, Schwarz, zaak C-76/05, Jur. I-6849; ACM (NMa, zaak 2760) Concentratie Hogescholen (21 december 2001) en ABRvS 30 januari 2013, ECLI:RVS:2013: BY9933, r.o. 7.5 (LOI en NTI/Staat).

iets soepeler om zal gaan met de heffing van btw bij samenwerkingen tussen onderwijsorganisaties die gezamenlijk één prestatie aanbieden.⁷

7.2 WAT IS SAMENWERKING?

7.2.1 *Samenwerking tussen organisaties*

Dit hoofdstuk gaat niet over de samenwerking binnen een onderwijsorganisatie of op een school en ook niet over de samenwerking tussen bestuurders binnen een bestuur, maar over samenwerking tussen onderwijsorganisaties en hun bestuurders als vertegenwoordigers met andere (maatschappelijke) organisaties. Samenwerking veronderstelt het door twee of meer partijen gezamenlijk benoemen van een doel, een doen en/of een handelen. Zonder doel en alleen is het moeilijk samenwerken.

Kaats en Opheij hebben samen veel onderzoek gedaan naar samenwerking en hanteren de volgende bestuurskundige omschrijving voor samenwerking tussen organisaties: “Organiseren tussen organisaties is een vorm van organiseren waarbij mensen uit autonome organisaties op basis van duurzame afspraken met een diversiteit aan samenwerkingsrelaties met een duurzame intentie, maar wel eindig, samenwerken.”⁸ In deze definitie ligt de nadruk op samenwerking en organiseren als activiteit, is sprake van autonome organisaties, gelden er afspraken en zijn er meerdere alternatieven voor de vormgeving van de samenwerkingsrelatie.

Tjong Tjin Tai en zijn collega's deden in 2009 een poging om te komen tot een juridisch beoordelingskader voor samenwerkingen. Zij wezen daarbij op een tweetal elementen zonder welke geen sprake is van samenwerking: (1) een gemeenschappelijk doel en (2) een individuele bijdrage door elk van de partners bij de samenwerking. Zij ontleen deze twee elementen voornamelijk aan sociologisch onderzoek.⁹ De twee elementen maken echter geen onderscheid tussen nevengeschikte samenwerking (samenwerking op voet van gelijkheid) en ondergeschikte samenwerking (samenwerking waarbij sprake is hiërarchische verhoudingen). Kaats en Opheij doen dat wel door opnemings van het begrip ‘autonome organisaties’ in hun omschrijving. Hiermee beogen zij inzichtelijk te maken dat het bij

7 HR 22 januari 2016, ECLI:HR:2016:83 (Gezamenlijk aanbieden VAVO-onderwijs) en HvJEG 14 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:343, BNB 2008/100 (Horizon).

8 Kaats & Opheij 2012, p. 37-38.

9 Tjong Tjin Tai, Van Doorn, Zegveld & Van Laarhoven 2009, p. 2-3. Zie ook hun verwijzingen naar: M. Deutsch, ‘A Theory of Co-operation and Competition’, *Human Relations* 1949, p. 129-152 en G. Teubner, *Networks as Connected Contracts*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

samenwerking tussen organisaties gaat om samenwerking tussen mensen die gezamenlijk moeten beslissen en die “vrijwillig ‘beetjes’ autonomie [loslaten, MN] in de verwachting dat het loslaten voordelen oplevert.”¹⁰

De benaderingen van Tjong Tjin Tai, Kaats en Opheij sluiten op elkaar aan. Bezie men hun benaderingen in samenhang dan kan gesproken worden van samenwerking tussen bestuurders van onderwijsorganisaties als (1) zij een gemeenschappelijk doel voor ogen hebben, waaraan (2) zij allen een individuele bijdrage leveren en (3) waarbij zij zowel de rechtspersonenrechtelijke autonomie als hun eigen bestuurlijke autonomie deels loslaten gedurende de samenwerking. Deze drie elementen maken goed inzichtelijk dat voorafgaand aan en tijdens de samenwerking steeds sprake is van keuzemomenten omtrent de intensiteit en juridische vormgeving van de samenwerking en dat op er het moment dat de samenwerking een feit is een onderlinge afhankelijkheid bestaat die de autonomie om geheel zelfstandig te besturen beperkt.

De opmerking dat samenwerking altijd een interactie tussen mensen veronderstelt, roept de vraag op wie nu eigenlijk samenwerkt? In dit hoofdstuk kies ik voor de onderwijsorganisatie die, vertegenwoordigt door zijn bestuurders, samenwerkt met andere onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Deze keuze impliceert een benadering waarbij de rechtspersoon centraal staat. Andere mogelijke benaderingen hoeft men niet volledig uit het oog te verliezen. Samenwerking in het onderwijs kan ook meer intrinsiek zijn. Een intrinsieke benadering veronderstelt dat de school of onderwijsinstelling – en niet de rechtspersoon – onderdeel uitmaakt van een maatschappelijk netwerk en als zodanig samenwerkt met andere scholen en maatschappelijke instellingen. Deze benadering past bij de school als maatschappelijke eenheid. Juridisch kunnen we daar weinig mee omdat alleen de rechtspersoon rechtssubject is.

7.2.2 *Nevengeschikte samenwerking: samenwerkingsverbanden en bestuurlijke netwerken*

Een praktijkjurist is geneigd om te adviseren over de vraag hoe een samenwerking juridisch vorm kan krijgen. Die juridische vorm zelf is echter voor bestuurders, ook die van onderwijsorganisaties, minder relevant dan doel, functie en intensiteit van de samenwerking. Slechts na analyse van de gewenste intensiteit van de samenwerking en de daaraan verbonden risico's kan een keuze worden gemaakt voor een daarbij passende juridische vorm.

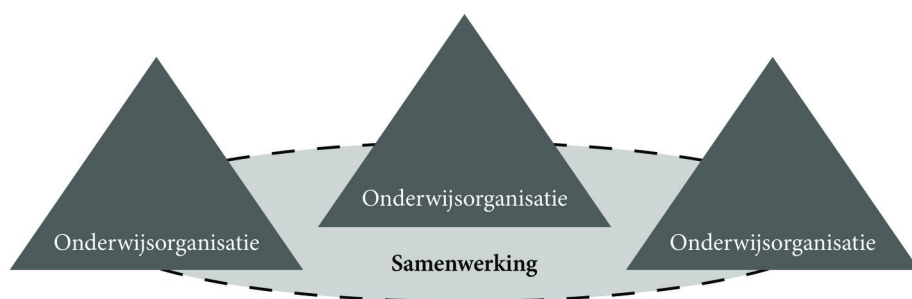
10 Kaats & Opheij 2012, p. 38.

De vormgeving van de samenwerking volgt idealiter doel en functie van de samenwerking. Tenzij er sprake is van wettelijke verplichtingen, kan een keuze worden gemaakt tussen meerdere juridische samenwerkingsvormen.¹¹

- Onbenoemde samenwerking (bijvoorbeeld door gedrag, feitelijk of alleen een volmacht)
- Samenwerkingsovereenkomst
- Samenwerkingsovereenkomst aangevuld met een personele unie op het niveau bestuur en/of intern toezicht
- Personenvennootschap (stil of openbaar)
- Gezamenlijke beheerde rechtspersoon (vereniging, stichting, coöperatie, besloten vennootschap)
- Juridische fusie of vorming juridisch concern

Dit hoofdstuk richt zich primair op de nevengeschikte samenwerking: de samenwerking op voet van gelijkheid. De juridische vormgeving daarvan geschiedt met gebruikmaking van volmachten over en weer, samenwerkingsovereenkomsten, personenvennootschappen en/of gezamenlijk beheerde rechtspersonen.

Figuur 7.2.2 Nevengeschikte samenwerking



Naarmate er sprake is van minder samenwerkingspartners en een behoefte aan meer borging, bestaat gewoonlijk de wens tot het indringender vastleggen van de samenwerkingsafspraken. Men gaat in die gevallen als het ware een samenwerkingsverband aan. Een veelgebruikt samenwerkingsverband in het onderwijs is de gezamenlijke beheerstichting voor de brede schoollocatie. Een voorbeeld van een samenwerkingsverband met meerdere samenwerkingspartners is Stichting Surf dat het gebruik van ICT bevordert op universiteiten

11 De juridische kenmerken van deze vormen en de onderlinge verschillen gaan het bestek van dit hoofdstuk te boven.

en hogescholen.¹² Bij een groter aantal partners, ontstaat al snel een bestuurlijk verband of netwerk. De behoefte aan vastlegging van afspraken is dan doorgaans minder prominent, maar dat wil niet zeggen dat er geen onderlinge afhankelijkheden bestaan of dat niet toch wordt gekozen voor de oprichting van een gezamenlijke rechtspersoon. De diverse besturenorganisaties in het onderwijs zijn voorbeelden van open allianties en zijn zelf als vereniging de gezamenlijke rechtspersoon.

7.2.3 *De overheid stuurt op samenwerking*

Tenzij sprake is van een wettelijke verplichting tot samenwerking, hoeven bestuurders van onderwijsorganisaties uiteraard niet altijd te kiezen voor het aangaan van een samenwerking. Zij zijn in beginsel vrij samenwerking uit de weg te gaan. Maar dat veel bestuurders van onderwijsorganisaties toch kiezen voor samenwerking onder druk van de omgeving, ook al is dat niet altijd wettelijk verplicht, is een maatschappelijk gegeven. Men zou kunnen zeggen dat door de sturing op samenwerking sprake is van wat Hooge al in 1995 de “samenwerkingspush” noemde.¹³ Dat die sturende rol van de overheid er is in het onderwijs wordt bevestigd door onderzoek van onder meer Van Delden.¹⁴

Deze sturing door de overheid kan programmatisch zijn, door bijvoorbeeld specifieke thema's extra te subsidiëren, onderzoek te doen en kennis beschikbaar te stellen of door extra personeel in te zetten. De sturing kan ook meer exploratief van aard zijn door (wettelijke) instrumenten voor samenwerking te ontwikkelen, expliciet te benoemen of mogelijk te maken. Voorbeelden zijn de centrale dienst in het primair en voortgezet onderwijs en de bepalingen omtrent de gemeenschappelijke regeling in het hoger onderwijs (zie paragraaf 7.4.4). De sturing kan ook meer impliciet zijn door bijvoorbeeld de bekostigingssystematiek zo in te richten dat schaalgrootte wordt beloond of door de eisen aan het professioneel beheer en de verantwoording te verhogen en daarmee de behoefte aan extra competenties en meer kennis.¹⁵

De behoefte aan samenwerking in het onderwijs wordt vaak onderschreven. Zo deed de Onderwijsraad in 2011 de aanbeveling om de kwaliteit van het onderwijs te versterken door de overheid op te roepen netwerkvorming tussen scholen, onderzoekers en ontwik-

12 Zie ook www.surfnet.nl.

13 Hooge 1995, p. 48 en 51.

14 Van Delden 2009.

15 Dijkgraaf e.a. 2010.

kelaars te bevorderen.¹⁶ De WRR wees ook meermaals op het belang van bestuurlijke netwerkvorming bij innovatie.¹⁷

Sturing door de overheid op samenwerking brengt ook risico's met zich mee. De invoering van de lumpsum leidde tot bestuurlijke netwerkvorming in de vorm van een groot aantal bestuurlijke fusies.¹⁸ In 1996 werden de onderwijsorganisaties voor het middelbaar beroepsonderwijs zelfs verplicht om grotere roc's te vormen en nog in 2015 fuseerden scholen voor speciaal onderwijs in cluster 2 verplicht omdat anders hun bekostiging zou komen te vervallen.¹⁹ Een dergelijke sturing op samenwerking kan tot stelselrisico's leiden (*too big to fail*), een vermeend verlies van de menselijke maat van het onderwijs of een beperktere keuzevrijheid en innovatiekracht door wegvallende concurrentie.

Overheid en wetgever sturen niet alleen aan op samenwerking maar stellen ook – niet altijd met opzet – randvoorwaarden aan samenwerking. Voorbeelden van algemene randvoorwaarden zijn de regels omtrent mededinging, aanbestedingsrecht, fiscaliteit (btw), arbeidsrecht (overgang van onderneming) en privacy. Algemene onderwijsrechtelijke randvoorwaarden zijn het rechtmatig en doelmatig besteden van publieke middelen, de fusietoets of verplichtingen betreffende de bestuurlijke inrichting. De onderwijswet- en regelgeving bevat soms ook hele specifieke randvoorwaarden. Die voorwaarden worden vooral gesteld als de overheid programmatisch of exploratief wenst te sturen op samenwerking. Voor de zogeheten symbioseregeling VO-BVE (artikel 25a Wvo) geldt bijvoorbeeld de verplichting tot het opstellen van een samenwerkingsovereenkomst. De verhouding tussen een roc en een leerbedrijf als aanbieder van de stage en de onderlinge afspraken over de stagebegeleiding moeten blijken uit de beroepspraktijkvormingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7.2.8 Web. Ook gemeentelijke overheden hebben vaak een sturende rol. In het kader van bijvoorbeeld programma's voor burgerschap, extra taalonderwijs of de aanpak van zwakke scholen hanteren zij met regelmaat eigen subsidievoorschriften.

16 Onderwijsraad 2011.

17 WRR 2008, p. 114-120 en WRR 2013b, p. 245-249 en p. 305-309.

18 Dijkgraaf e.a. 2010.

19 Stb. 1995, 501 (Wet educatie en beroepsonderwijs; dossier 23778) en Wet passend onderwijs (Stb. 2012, 533; dossier 33106).

7.3 JURIDISCH KARAKTER VAN SAMENWERKINGSVERPLICHTINGEN

7.3.1 Inleiding

In schema 7.3.1 is een overzicht gegeven van de meest in het oog springende voorbeelden van samenwerking in het onderwijs. Bezieet men de verschillende voorbeelden, dan kan een onderverdeling worden gemaakt op basis van vier programmatische terreinen: (1) onderwijskwaliteit, (2) onderwijs, jeugdbeleid en zorg, (3) doelmatigheid en (4) kennis en arbeidsmarkt.

Uiteraard vertonen deze vier programmatische terreinen overlap. Ze zijn vooral archetypes. Het doel van een samenwerking zegt voorts ook weinig over het karakter van de samenwerking zoals dat in de school, door docenten of studenten wordt ervaren. Die samenwerking kan immers interventionistisch of ondersteunend zijn.²⁰

Figuur 7.3.1 Programmatische terreinen van samenwerking in vogelvlucht

	Terrein Onderwijskwaliteit	Terrein Onderwijs en zorg	Terrein Doelmatigheid	Terrein Kennis & arbeidsmarkt
Bekostigings-voorwaarde	<ul style="list-style-type: none"> • Stages • Examinering • Kenniscentra • Prestatie-afspraken 	<ul style="list-style-type: none"> • Leerplichtwet 1969 • Passend onderwijs • Lokaal onderwijsoverleg en VVE • Tussenschoolse opvang • VSV 	<ul style="list-style-type: none"> • Regionale planning huisvestingsvoorzienin • Macro-doelmatigheid 	<ul style="list-style-type: none"> • Zorgplicht arbeidsmarktperspectief • Prestatie-afspraken • 2^e en 3^e geldstroom
Wettelijk erkend <i>(het gaat niet zozeer om een erkenning in de zin van een keurmerk, maar om een regeling waarin de mogelijkheid van samenwerking is gezien)</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Kwaliteitszorg • Examen Centrum • Lokaal aanmeldingsbeleid • Krimpregeling 157 Wpo 	<ul style="list-style-type: none"> • Zorgscholen • Rebound 	<ul style="list-style-type: none"> • Centrale dienst • Symbiose vo-mbo • Doordecentralisatie huisvesting • Samenwerkingschool • Samenwerkingsstichting • Gemeenschappelijke regeling 	<ul style="list-style-type: none"> • Educatie en integratie • NT2 en onderwijs aan asielzoekers
Financieel ondersteund <i>(middels aanvullende bekostiging, overige OCW-subsidie of lokale subsidie)</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Beroepsverenigingen • Excellente trajecten 	<ul style="list-style-type: none"> • Zomerschool • Vve, • Samenwerking Centra voor Jeugd en Gezin, Gemeentelijk achterstandenbeleid 	<ul style="list-style-type: none"> • Krimppopvang en planning • Centraal aanmeldingsbeleid (gemeentelijke subsidie) • Vakscholen 	<ul style="list-style-type: none"> • Centers of Expertise • Stages
Mogelijkheid	<ul style="list-style-type: none"> • Kwaliteitszorg • Uitwisseling kennis 	<ul style="list-style-type: none"> • Brede scholen • Integrale Kindcentra 	<ul style="list-style-type: none"> • Shared service centers • Huisvestingsbeleid • Afspraken macro-doelmatigheid 	<ul style="list-style-type: none"> • Onderzoeksscholen en onderzoeksinstituten • Technology Transfer Office
Randvoorwaarde	<ul style="list-style-type: none"> • Wet fusietoets onderwijs (keuzevrijheid) • Governance • Kern onderwijscurriculum 	<ul style="list-style-type: none"> • Verantwoordelijkheid ketenpartner • Professionaliteit beroepsbeoefenaar • Eigen bevoegdheid en WGBO • Privacy 	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtmatige en doelmatige besteding van bekostiging (zie ook Nota's Helderheid) • Uitbesteding • BTW 	<ul style="list-style-type: none"> • Staatsteun • Aanbestedingsrecht • Octrooi- en IE-recht • Mededinging

20 Zie over dit onderscheid: Van Delden 2011.

Het programmatisch terrein van samenwerking zegt weinig over het juridisch karakter van de samenwerkingsverplichting of de wijze waarop de onderwijswetgever de samenwerkingsverplichting vorm geeft. In paragraaf 7.3.2 wordt ingegaan op het mogelijk juridisch karakter van samenwerkingsverplichtingen, waarna in paragraaf 7.3.3 aan de hand van enkele voorbeelden stil wordt gestaan bij de vorm van de samenwerkingsverplichting.

7.3.2 *Drie categorieën samenwerkingsverplichtingen*

Een belangrijk element van samenwerking is dat organisaties samenwerken omdat zij verwachten dat dit voordelen oplevert. Die verwachting veronderstelt een duidelijke en weloverwogen keuze voor samenwerking. In de praktijk is dat echter niet altijd het geval. In het onderwijs is samenwerken echter met enige regelmaat een bekostigingsvoorwaarde of anderszins een verplichting met een meer of minder juridisch karakter.²¹

Overziet men de diverse voor onderwijsorganisaties geldende ‘samenwerkingsverplichtingen’, dan valt op dat deze kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën:

1. wettelijke samenwerkingsverplichtingen;
2. samenwerking omwille van een wettelijke noodzaak; en,
3. samenwerking naar aanleiding van de maatschappelijke functie of verwachting.

Alleen bij wettelijke samenwerkingsverplichtingen is samenwerking ook echt juridisch afdwingbaar door de overheid en kan met behulp van bestuurlijke sancties handhaving plaatsvinden. Bij samenwerkingsverplichtingen omwille van een wettelijke noodzaak en bij samenwerkingsverplichtingen die volgen uit de veronderstelde maatschappelijke functie van het onderwijs, is daarvan geen sprake.

De keuze voor het begrip ‘samenwerkingsverplichting’ helpt om het verschijnsel van samenwerking te beschrijven. Met samenwerkingsverplichtingen wordt bedoeld op die samenwerkingen die niet geheel vrijwillig worden aangegaan. Vanuit juridisch perspectief is weliswaar niet altijd sprake van een rechtstreeks afdwingbare verplichting, maar bij die samenwerkingen die niet geheel vrijwillig worden aangegaan wordt wel een verplichting ervaren, een noodzaak gevoeld en/of een sociaal-maatschappelijke druk beleefd.

Ad 1) Wettelijke samenwerkingsverplichting

Bij een wettelijke samenwerkingsverplichting schrijft de onderwijswetgever voor dat een onderwijsorganisatie met een ander samenwerkt of overlegt. De wettelijke verplichting om samen te werken is een bekostigingsvoorwaarde of er is anderszins sprake van een

21 Nolen 2010, p. 5-6.

doorzettingsmacht van overheidswege. Het bekendste voorbeeld van een wettelijke samenwerkingsverplichting is de samenwerking met het samenwerkingsverband passend onderwijs. Onderwijsorganisaties in het primair en voortgezet onderwijs moeten verplicht aangesloten zijn bij deze samenwerkingsverbanden passend onderwijs.

De beoordeling van de naleving van deze wettelijke samenwerkingsverplichtingen geschiedt door de Inspectie van het Onderwijs in het kader van het in hoofdstuk 5 beschreven nalevingstoezicht.²² Eén van de in de onderzoekskaders opgenomen kwaliteitsgebieden richt zich specifiek op de wijze waarop onderwijsorganisaties samenwerken met hun partners om het onderwijs voor hun leerlingen en studenten vorm te geven. De Inspectie van het Onderwijs toetst of onderwijsorganisaties in het primair en voortgezet onderwijs samenwerken met andere scholen voor voortgezet (speciaal) onderwijs in een samenwerkingsverband passend onderwijs en of bij leerlingen met een ondersteuningsbehoefte zo nodig in overleg wordt getreden met andere instanties als dat nodig is. Ook wordt beoordeeld of sprake is van “een effectief overleg met andere scholen in de gemeente en met de gemeente zelf over het bestrijden van onderwijsachterstanden bij leerlingen, het bevorderen van integratie en het voorkomen van segregatie en over inschrijvings- en toelatingsprocedures”.²³

Ad 2) Samenwerking omwille van een wettelijke noodzaak

De wettelijke noodzaak tot samenwerking omvat die situaties waarbij de bekostigingssystematiek of het stelsel van onderwijs het in de praktijk eigenlijk noodzakelijk maken om samen te werken. Een wettelijke noodzaak is vooral sturend. Een voorbeeld van een wettelijke noodzaak betreft de samenwerking tussen onderwijsorganisaties om krimp op te vangen. Om te voorkomen dat meerdere scholen moeten worden gesloten omdat het aantal leerlingen onder de wettelijke opheffingsnorm geraakt, is het eigenlijk noodzakelijk dat die scholen samenwerken om of de opvang van de betreffende leerlingen onderling te regelen of hun leerlingstromen op elkaar af te stemmen. Een ander voorbeeld is het door onderwijsorganisaties gezamenlijk opstellen van regionale plannen voor de onderwijshuisvesting zoals uitgewerkt in artikel 72 Wvo. Er geldt geen wettelijke verplichting voor onderwijsorganisaties om zich hierbij aan te sluiten, maar het is bij uitbreidingen, verplaatsingen en nieuwbouw praktisch gezien wel noodzakelijk.

In het kader van het in hoofdstuk 5 beschreven waarderingstoezicht moet niet uitgesloten worden dat de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO opvattingen uiten over de mate

²² Concept Onderzoekskaders PO, VO en MBO 2017, kwaliteitsgebied 5.2.

²³ Concept Onderzoekskaders PO, VO en MBO 2017, kwaliteitsgebied 5.2.

waarin onderwijsorganisaties aan deze categorie samenwerkingsverplichtingen invulling geven.

Ad 3) Samenwerking naar aanleiding van de maatschappelijke functie of verwachting

Tot slot is sprake van een categorie samenwerkingen die voortvloeien uit een verwachting van de samenleving dat onderwijsorganisaties invulling geven aan de maatschappelijke functie van het onderwijs. Een voorbeeld hiervan is de verwachte samenwerking met politie en gemeenten bij de signalering van Syrië-gangers. De maatschappelijke verwachting speelt ook een rol op andere maatschappelijke terreinen als sport en beweging, gezondheid, milieu of welzijn.

Niet uitgesloten kan worden dat maatschappelijke verwachtingen op enig moment invulling geven aan de door de onderwijsorganisatie uit hoofde van het BW en de Awb te betrachten redelijkheid en billijkheid casu quo behoorlijkheid jegens derden. Voorts kan – gelijk bij de samenwerkingsverplichting omwille van een wettelijke noodzaak – ook nu niet worden uitgesloten dat in het kader van het waarderingstoezicht in het openbaar oordelen worden uitgesproken over de mate waarin onderwijsorganisaties en hun bestuurders aan deze categorie samenwerkingsverplichtingen invulling geven.

7.3.3 *Juridische vormgeving samenwerkingsverplichtingen*

De juridische vorm van de diverse samenwerkingsverplichtingen verschilt sterk. In een beperkt aantal gevallen heeft de onderwijswetgever er voor gekozen om onderwijsorganisaties te verplichten om zich aan te sluiten bij een samenwerkingsverband. Het samenwerkingsverband passend onderwijs is daarvan het bekendste voorbeeld en in andere gevallen gaat de samenwerkingsverplichting uit van een overlegverplichting, een verplichting om afspraken vast te leggen in een nadere overeenkomst. Het lokaal overleg onderwijsachterstandenbeleid is daarvan een voorbeeld, maar het komt ook wel voor dat ten behoeve van de verkrijging van overige subsidies (al dan niet krachtens de Wet overige subsidies OCW) er een verplichting bestaat om met anderen een samenwerkingsovereenkomst aan te gaan.

Overziet men de diverse samenwerkingsverplichtingen, dan kunnen in elk geval vier juridische vormen worden aangewezen:

- aansluitingsverplichting;
- overleg- en overeenkomstverplichting;
- bekostigingsnoodzaak;
- zorgvuldigheidsverplichting.

Voor elke juridische vorm wordt hierna een voorbeeld uitgewerkt om de belangrijkste kenmerken van deze vier vormen te bespreken. Dit biedt de kans inzicht te krijgen in de wijze waarop onderwijswetgever en overheid sturen op samenwerking, samenwerking een wettelijke noodzaak blijkt of samenwerking de maatschappelijke verwachting volgt.

A. Aansluitingsverplichting: voorbeeld passend onderwijs

Wettelijke samenwerkingsverplichting tot aansluiting bij een samenwerkingsverband

Het passend onderwijs heeft in het primair, speciaal, voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs de laatste jaren veel aandacht gekregen. De onderliggende wetgeving trad vanaf 1 januari 2013 in werking.²⁴ Kort gezegd zijn onderwijsorganisaties inmiddels verplicht om leerlingen die zich bij hen aanmelden een onderwijsaanbod te doen dat aansluit op de eventuele ondersteuningsbehoefte (artikel 40 Wpo en artikel 27 Wvo). Dat aanbod moet bij voorkeur op de school van eerste aanmelding vorm krijgen en als de onderwijsorganisatie daar redelijkerwijs niet toe in staat is, op een andere school waarmee afspraken zijn gemaakt over het passend onderwijs.

De onderwijswet- en regelgeving schrijft niet alleen voor dat onderwijsorganisaties passend onderwijs moeten aanbieden, maar verplicht hen ook tot samenwerking. De onderwijswet- en regelgeving bepaalt (1) de juridische vorm van de samenwerking, (2) met welke partijen dat moet gebeuren en (3) hoe die samenwerking beleidsmatig invulling moet krijgen. Deze wettelijke samenwerkingsverplichting is uitgewerkt in de artikelen 18a Wpo en 17a Wvo en is voor elke onderwijsorganisatie een bekostigingsvoorwaarde. Niet naleving van deze bekostigingsvoorwaarde kan leiden tot bijvoorbeeld de opschorting van een deel van de bekostiging.²⁵

De wettelijke samenwerkingsverplichting gaat uit van een verplichting om aansluiting te zoeken bij en deel te nemen aan het eigen samenwerkingsverband. De begrippen “aangesloten” en “deelnemen” in artikel 18a Wpo en artikel 17a Wvo zijn niet nader toegelicht. Een ruime uitleg brengt mee dat hieronder kunnen worden verstaan: (mee)besturen, benoemen van bestuurder(s) of intern toezichthouder(s), lidmaatschap of aansluiting op basis van een contract. De onderwijsorganisaties kunnen onderling bepalen hoe zij hun samenwerking vorm geven.²⁶ Wel moet het samenwerkingsverband zelf een privaatrechte-

24 Wet passend onderwijs (Stb. 2012, 533; dossier 33106).

25 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3504 (samenwerkingsverband Isaac Beeckman).

26 *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 7, p. 30. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 31497, nr. 31, Bijlage 1, p. 10 (notitie Wettelijk kader passend onderwijs).

lijke rechtspersoon zijn met rechtsbevoegdheid.²⁷ Dit samenwerkingsverband heeft eigen wettelijke taken, maakt zelfstandig aanspraak op bekostiging door het Rijk en legt over de eigen wettelijke taken zelf verantwoording af aan de minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs.²⁸ De keuze voor gebruikmaking van afzonderlijke rechtspersonen is gemotiveerd door de wens om een scheiding aan te brengen tussen de verantwoording over de inzet van de rijksbijdragen door onderwijsorganisaties en de zorgmiddelen door het samenwerkingsverband.²⁹

Een vervolgvraag is wie verantwoordelijk is voor het functioneren van het samenwerkingsverband. Het samenwerkingsverband zelf is rechtspersoon en men zou dus verwachten dat het samenwerkingsverband – als autonoom rechtssubject – zelf verantwoordelijk is voor het eigen functioneren. Het samenwerkingsverband legt ook uit eigen hoofde verantwoording af aan de minister van OCW en heeft een directe relatie met de Inspectie van het Onderwijs. Desalniettemin is door de regering in de memorie van toelichting opgemerkt dat de onderwijsorganisaties gezamenlijk verantwoordelijk (zijn, MN) voor het functioneren van het samenwerkingsverband³⁰.³¹ De wettekst biedt daarvoor echter geen aanknopingspunt. Opvallend is ook dat in de toelichting is opgemerkt dat in de statuten de “afspraken (worden, MN) opgenomen die de basis van de samenwerking tussen de bevoegde gezagsorganen regelen”.³¹ Deze opmerking is echter onjuist. Statuten van een private rechtspersoon beschrijven het eigen doel van de rechtspersoon, duiden de statutaire organen, regelen de wijze van besluitvorming binnen de rechtspersoon en kunnen aan andere (rechts)personen bijzondere rechten toekennen. Statuten van een rechtspersoon kunnen aan derden echter geen verplichtingen opleggen.³²

De Eerste Kamer maakte zich bij de invoering zorgen over potentiële conflicten tussen het samenwerkingsverband en de individuele onderwijsorganisaties. In een motie werd daarom

27 De keuze voor een privaatrechtelijke rechtsvorm vloeit overigens voort uit het gegeven dat bijzondere instellingen in beginsel geen deel uit kunnen maken van publiekrechtelijke rechtspersonen. De samenwerkingsverbanden zijn daarbij qua publiekrechtelijke verantwoording gelijkgesteld met de bevoegde gezagsorganen door te bepalen dat de Kaderwet zbo's niet van toepassing is en in de WOT expliciet te bepalen dat de Onderwijsinspectie ook toezicht houdt op de samenwerkingsverbanden en daartoe een specifiek toetsingskader vaststelt.

28 De wettelijke taken van het samenwerkingsverband zijn samengevat de volgende: het vaststellen van het ondersteuningsplan, het verdelen en toewijzen ondersteuningsmiddelen en –voorzieningen (zorgmiddelen), het beoordelen toelaatbaarheid speciaal onderwijs (indicatie) en de advisering over de ondersteuningsbehoefte.

29 *Kamerstukken II 2011/12, 33106, nr. 3, p. 26.* De bekostiging voor passend onderwijs is hierdoor geoormd.

30 *Kamerstukken II 2011/12, 33106, nr. 3, p. 26.*

31 *Kamerstukken II 2011/12, 33106, nr. 3, p. 26.*

32 De zogeheten lidmaatschapsverplichtingen vormen de uitzondering op deze regel. De algemene ledenvergadering kan een jaarlijkse contributie vaststellen en bij of krachtens de statuten van een vereniging kunnen eisen worden gesteld aan het lidmaatschap.

de regering opgeroepen om te voorzien in een permanente landelijke arbitragemogelijkheid.³³ De Stichting Onderwijsgeschillen houdt deze arbitragevoorziening inmiddels in stand. Er geldt geen wettelijke verplichting tot aansluiting bij deze voorziening. Wel heeft de regering aangegeven een wetswijziging in te dienen als samenwerkingsverbanden met hun aangesloten onderwijsorganisaties geen afspraken zouden maken over het van toepassing verklaren van deze arbitragevoorziening.³⁴ Hoewel Nijkamp over deze impliciete verplichting terecht kritisch was, levert het in de praktijk weinig problemen op.³⁵

Gemeenten hebben invloed op inhoud samenwerking

Samenwerkingsverbanden – en daarmee de door hen vertegenwoordigde onderwijsorganisaties – hebben de verplichting om overleg te voeren met de betrokken gemeenten. Zo kan het samenwerkingsverband pas het ondersteuningsplan vaststellen nadat over het concept daarvan op overeenstemming gericht overleg is gevoerd met de betrokken gemeenten (artikelen 18a lid 9 Wpo en 17a lid 9 Wvo). Deze extra overlegverplichting bevreemdt op zich niet. Gemeenten zijn immers onder meer verantwoordelijk voor de handhaving van de leerplicht. Zij voelen daardoor ook een verantwoordelijkheid voor ‘thuisblijvers’ en ‘thuiszitters’. De overlegverplichting is dan ook “complementair” aan de Jeugdwet.³⁶ De gemeente heeft immers de verplichting om over het door hem vast te stellen jeugdplan op overeenstemming gericht overleg te voeren met het samenwerkingsverband (artikel 2.2 lid 3 Jeugdwet).

Het uitgangspunt van ‘op overeenstemming gericht overleg’ is schatplichtig aan de bepalingen inzake het lokaal onderwijsachterstandenbeleid (artikel 167 Wpo en artikel 118h Wvo; zie de volgende paragraaf B). In de verplicht te maken afspraken tussen het samenwerkingsverband en de gemeenten over de wijze van overleg, moet ook een geschillenregeling worden opgenomen. Onder meer VNG, de PO Raad en de VO-raad hebben daartoe de Geschillencommissie oogo-ondersteuningsplan in het leven geroepen.³⁷ Er is in de Tweede Kamer nog enige discussie geweest over de betekenis van dit overleg, de mogelijkheid van doorzettingsmacht voor gemeenten en het eventueel toekennen van een instem-

33 *Kamerstukken I* 2012/13, 33106, nr. L.

34 *Kamerstukken II* 2012/13, 33106, nr. N, p. 7-8. Die zal inhoudende dat samenwerkingsverbanden verplicht zijn om in hun statuten op te nemen dat geschillen tussen het samenwerkingsverband en de onderwijsorganisaties gezamenlijk worden voorgelegd aan een arbitragecommissie.

35 Nijkamp 2013. In 2013 was sprake van één geschil dat ter arbitrage werd voorgelegd, maar uiteindelijk toch werd ingetrokken (Landelijke arbitragecommissie samenwerkingsverbanden passend onderwijs, 18 november 2013, nr. 105998). In 2014 heeft de arbitragecommissie geen enkele arbitrage verricht. Zie www.onderwijsgeschillen.nl.

36 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 23.

37 Zie www.onderwijsgeschillen.nl. In 2013 en 2014 heeft de Geschillencommissie oogo-ondersteuningsplan geen openbare uitspraken gedaan.

mingsrecht aan de gemeenten op de vaststelling van het ondersteuningsplan.³⁸ Ondanks druk van vooral de grotere gemeenten nam de Tweede Kamer uiteindelijk toch geen amendement aan om de gemeenten een sterkere positie te geven in het overleg rondom het ondersteuningsplan.³⁹

Wettelijke samenwerkingsverplichting passend onderwijs heeft invloed op de inrichting van het onderwijs

Het mag duidelijk zijn dat het door bestuurders van onderwijsorganisaties vast te stellen onderwijsbeleid voor de eigen scholen wordt beïnvloed door de zorgplicht passend onderwijs en de wettelijke samenwerkingsverplichting. Zij zijn immers verplicht voor elke school een ondersteuningsprofiel vast te stellen en dat profiel moet zijn gebaseerd op het door het samenwerkingsverband vast te stellen ondersteuningsplan (artikel 8 lid 5 WPO en 17b lid 4 WVO).

Van een bewustzijn van de mogelijkheid dat de verplichte onderdelen van zowel het ondersteuningsplan als het -profiel mogelijk de pedagogisch-organisatorische autonomie beperkt, blijkt niet uit de wetsgeschiedenis. Juist op het terrein van dergelijke protocollering werd echter door bijvoorbeeld Smeets eerder de zorg geuit dat nabootsing en conformatie aannemelijk is.⁴⁰ Hoewel in individuele gevallen maatwerk de voorkeur heeft, zijn veel plaatsingsprocedures en -criteria, uitgangspunten voor terugplaatsing of overplaatsing van leerlingen en duiding van kwalitatieve en kwantitatieve resultaten op elkaar afgestemd. Dit wordt bevorderd door de voorbeeldmodellen en -protocollen van het Expertise Centrum Passend Onderwijs.⁴¹ Ook het externe toezicht door de Inspectie van het Onderwijs versterkt dit proces. Deze behoefte aan houvast heeft een standaardisering van (inhoudelijke) procedures en beleid tot gevolg. Eerder wees Ax op dit neveneffect van beleid dat in beginsel uitgaat van autonomievergroting.⁴² Ook Mierlo is op deze vorm van zelfregulering in het onderwijs ingegaan.⁴³

B. Overleg- en overeenkomstverplichting: voorbeeld lokaal overleg onderwijsachterstandenbeleid

Keuze voor gemeentelijke regierol

38 *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 7, p. 89.

39 *Kamerstukken II* 2011/12, 33106, nr. 24 (verworpen). Zie ook brief Minister van OCW aan G4 en G32, 16 januari 2012.

40 Smeets 2005, p. 18.

41 Zie www.passendonderwijs.nl.

42 Ax 1995, p. 100.

43 Van Mierlo 2004.

Een voorbeeld van een overleg- en overeenkomstverplichting is te vinden bij het onderwijsachterstandenbeleid. Onderwijsorganisaties en gemeenten zijn wettelijk verplicht om jaarlijks met elkaar overleg te voeren over het onderwijsachterstandenbeleid (artikel 167a Wpo).⁴⁴ In dit lokaal overleg moeten in elk geval de onderwerpen segregatie, integratie, bestrijden van onderwijsachterstanden, de afstemming van de inschrijvings- en toelatingsprocedures alsmede de evenwichtige verdeling van achterstandsleerlingen aan de orde komen. Deze wettelijke samenwerkingsverplichting dateert van 1998⁴⁵ en is in 2006⁴⁶ en 2010⁴⁷ iets gewijzigd. Het voortgezet onderwijs kent een eigen lokaal overleg onderwijsachterstandenbeleid (artikel 118a Wvo). De onderwerpen zijn deels gelijk aan het primair onderwijs en de bestuurlijke vormgeving van de samenwerkingsverplichting komt zo goed als overeen. Oorspronkelijk maakte ook de voor- en vroegschoolse educatie onderdeel uit van deze overlegverplichting. Met ingang van 1 augustus 2010 geldt hiervoor een eigen wettelijke overlegregeling (artikel 167 Wpo).⁴⁸ Niet alleen de gemeente en de onderwijsorganisaties voor primair onderwijs dienen aan het lokaal overleg deel te nemen; de wettelijk verplichting geldt ook voor kinderopvangorganisaties.⁴⁹ Wel geldt dat onduidelijk is op welke wijze en door wie op de naleving van deze verplichting van kinderopvangorganisaties toezicht wordt gehouden en welke sancties kunnen worden getroffen.

Het onderwijsachterstandenbeleid gaat – in zijn oorsprong – uit van drie pijlers: (1) voor- en vroegschoolse educatie (al dan niet in de vorm van schakelklassen) en voor het voortgezet onderwijs leerplusarrangementen, (2) verplicht overleg tussen gemeenten en onderwijsorganisaties en (3) gemeentelijke sturing door middel van subsidies.

De introductie van het verplichte overleg tussen gemeente en onderwijsorganisaties in 1998 moest enerzijds de bevoegdheid van de gemeente vastleggen op het terrein van de onderwijsachterstanden en anderzijds de positie van de lokale overheid ten opzichte van de onderwijsorganisaties op dit terrein versterken.⁵⁰ De inzet van de voor onderwijsachterstanden beschikbare middelen werd om die reden onder gemeentelijke regie gebracht.

44 Zie o.a. Van der Zel 2015.

45 Stb. 1997, 237 (Wet gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid; dossier 24778).

46 Stb. 2006, 340 (Nieuwe wettelijke regeling onderwijsachterstandenbeleid; dossier 30313).

47 Wet wijzigingen kinderopvang en onderwijsachterstandenbeleid (Stb. 2010, 296; dossier 31989).

48 Wet wijzigingen kinderopvang en onderwijsachterstandenbeleid (Stb. 2010, 296; dossier 31989). De wijzigingen in 2010 zagen vooral op de versterking van het peuterspeelzaalwerk en het bestrijden van taalachterstanden. Om die reden kreeg het overleg over de voor- en vroegschoolse educatie een eigen wettelijke regeling.

49 De deelname van organisaties voor kinderopvang aan het lokaal overleg is het gevolg van het wetsvoorstel buitenschoolse opvang. Zie Nieuwe wettelijke regeling onderwijsachterstandenbeleid (Stb. 2006, 590, dossier 30676).

50 *Kamerstukken II* 1995/96, 24778, nr. 3, p. 1.

Deze rolverdeling sloot aan bij de eerdere gezamenlijke richtinggevende uitspraken die waren gedaan in het Schevenings Beraad.⁵¹

De Onderwijsraad was in 1995 vrij kritisch over de samenwerkingsverplichting.⁵² Hij meende dat de toekenning van de regierol aan de gemeenten leidde tot zeggenschap van de gemeente over de wijze waarop scholen de hun toegekende middelen moesten besteden. Dat was volgens de Onderwijsraad in strijd met artikel 23 Grondwet omdat bekostigingsvoorwaarden alleen bij of krachtens wet in formele zin – en dus niet door de lokale overheid – gesteld kunnen worden en was bovendien “moeilijk te rijmen met het beleid gericht op vergroting van de autonomie van scholen”.⁵³ De regering wuifde deze kritiek weg.⁵⁴ Om samenhang aan te brengen in de lokale aanpak van maatschappelijke problemen werd het lokaal overleg onderwijsachterstandenbeleid door hem gezien als de “centrale rechtsfiguur” ter bevordering van de samenwerking.⁵⁵

“Op overeenstemming gericht overleg”

Het lokaal overleg onderwijsachterstandenbeleid gaat uit van “op overeenstemming gericht overleg” of OOGO. Deze formulering vinden we ook terug bij het verplichte overleg tussen de samenwerkingsverbanden passend onderwijs en de gemeenten. De bepaling dat sprake moet zijn van op overeenstemming gericht overleg dateert uit 1998 en was opgenomen in de Wet Gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid.⁵⁶ Het ‘op overeenstemming gericht overleg’ moet waarborgen dat “schoolbesturen hun zienswijze en plannen in voldoende mate en tijdig kenbaar kunnen maken, en dat het gemeentebestuur daarmee op redelijke en zorgvuldige wijze rekening houdt. Het overleg moet gericht zijn op overeenstemming

51 Schevenings Beraad 1993, p. 33, uitspraak 5.1 en 5.2: “De school verkeert ook in een maatschappelijke omgeving (...). Daarbij ervaart de school tevens de wisselwerking van het beleid van andere partners en de gemeente in dit soort vraagstukken. In dit verband kan het noodzakelijk zijn om tot een gezamenlijke en gecoördineerde aanpak te komen. De school zal daaraan meewerken vanuit zijn eigen autonome verantwoordelijkheid en op een wijze die recht doet aan de bijzondere positie die de school in ons bestel inneemt. (...) ook de lokale overheid [heeft, MN] een taak ten aanzien van het lokale onderwijs. Die taak wordt gerechtvaardigd vanuit de behoefte aan lokaal beleid dat verband legt tussen het terrein waarop de school functioneert en andere beleidsterreinen, dan wel vanuit de behoefte aan ondersteuning vanuit de eigen publieke lokale gemeenschap.”

52 Onderwijsraad 1995.

53 Onderwijsraad 1995, p. 5.

54 *Kamerstukken II* 1995/96, 24778, nr. 3, p. 15: “Een effectieve aanpak van onderwijsachterstanden vereist dat op lokaal niveau keuzen kunnen worden gemaakt. Daarvoor is enerzijds versterking van de autonomie en het beleidsvoerend vermogen van scholen nodig, anderzijds lokale regie. Lokaal onderwijsbeleid betekent vanuit die optiek geen breuk met het beleid om de autonomie van de scholen te versterken. De scholen zijn en blijven de eerst aangesprokenen om de uitdagingen waarmee zij geconfronteerd worden, aan te pakken.”

55 *Kamerstukken II* 1995/96, 24778, nr. 3, p. 10.

56 Wet gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid (Stb. 1997, 237; dossier 24778).

over de diagnose van de achterstandssituatie, over de te formuleren doelstellingen, en over de evaluatie. De wet geeft daarvoor de basisregeling”.⁵⁷

De onderwijswetgever heeft vastgelegd dat de verplichting tot overleg moet resulteren in meetbare afspraken en dat de Inspectie van het Onderwijs daarop kan toezien.⁵⁸ Als er geen meetbare afspraken tot stand komen, kan bindend advies worden ingewonnen bij de wettelijke geschillencommissie.⁵⁹ De verantwoordelijkheid om afspraken te maken berust, gelijk geldt voor de afspraken omtrent het voortijdig schoolverlaten van niet-leerplichtige leerlingen, in de eerste plaats bij de gemeente.

Uit de wettelijke regeling en de wetsgeschiedenis wordt niet duidelijk in hoeverre deelneming aan het overleg en het maken van een afspraak tussen gemeenten en onderwijsorganisaties een wettelijk voorschrift is en voorwaarde voor bekostiging. Aangezien de financiering van het onderwijsachterstandenbeleid geschiedt door middel van uitkeringen van het Rijk aan de gemeente, is verdedigbaar dat een niet-naleving van deze wettelijke samenwerkingsverplichting voor onderwijsorganisaties niet tot een bekostigingssanctie zijdens het Rijk kan leiden. Die lijn volgde de regering ook in 1996.⁶⁰ De gemeente kan uiteraard wel zelf overgaan tot intrekking en terugvordering van de door haarzelf verstrekte subsidies aan onderwijsorganisaties die hun grondslag vinden in het op overeenstemming gericht overleg.⁶¹ Voorts bestaat de mogelijkheid dat de minister van OCW de uitkering aan de gemeente intrekt, als die geen of onvoldoende uitvoering geeft aan het onderwijsachterstandenbeleid.⁶² Daar staat tegenover dat elke niet-naleving van de wet in theorie vatbaar is voor handhaving door middel van bekostigingssancties. Voorts benoemt de

57 Schevenings Beraad 1993, p. 93, Uitspraak 5.1.2.4.

58 *Kamerstukken II* 2005/06, 30313, nr. 32.

59 *Kamerstukken II* 2005/06, 30313, nr. 34. Opvallend aan de bijzondere geschillenregeling is dat deze wel openstaat voor de bevoegde gezagsorganen en het college van burgemeester en wethouders, maar niet voor de organisaties van kinderopvang. De achtergrond van dit onderscheid is niet nader toegelicht. Zoontjens was in 2007 zeer kritisch over deze wettelijk verplichte geschillenregeling en stelde zich de vraag of onderwijsorganisaties hieraan wel gebonden konden worden, de reikwijdte van bindende adviezen en het beoordelingskader. Zoontjens 2007.

60 *Kamerstukken II* 1995/96, 24778, nr. 3, p. 18-19: “Volgens de Onderwijsraad is de sanctiebepaling te ruim geformuleerd omdat een eventuele inhouding alleen de specifieke bekostiging in het kader van het achterstandenplan kan betreffen. Ondergetekenden zijn het niet eens met de opmerking van de Onderwijsraad. Het gaat bij de bekostiging die het gemeentebestuur geheel of gedeeltelijk kan inhouden, alleen om het inhouden van middelen die de gemeente verstrekt. Dit betekent dat de inhouding van middelen door het gemeentebestuur zowel betrekking kan hebben op de specifieke uitkering die het gemeentebestuur ontvangt, als op de eigen gemeentelijke middelen die het gemeentebestuur zelf bestemt voor de bestrijding van onderwijsachterstanden. Middelen die de scholen ontvangen kan de gemeente niet inhouden.”

61 Rb. Dordrecht 11 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD6445 (SKOBA/Dordrecht) en ABRvS 4 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9382, (Trajectum/Maastricht).

62 Rb. Arnhem 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2743 (Neerijnen/OCW) en ABRvS 7 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6112 (Vlagtwedde/OCW).

Inspectie van het Onderwijs het samenwerken met partners om het onderwijs voor haar leerlingen vorm te geven als kwaliteitsstandaard.⁶³

Onverminderd de gemeentelijke regierol, benoemde de regering in het kader van het “op overeenstemming gericht overleg” de gezamenlijkheid, gelijkwaardigheid en de erkenning van elkaars eigen wettelijke verantwoordelijkheden als uitgangspunten.⁶⁴ Het overleg moet resulteren in een “kwaliteitsdialoog” en betere afstemming van elkaars activiteiten. Die gelijkwaardigheid is sinds 2010 wel onder druk komen te staan. Sinds dat jaar heeft de gemeente namelijk doorzettingsmacht (artikel 168 Wpo). Indien er met een deel van de onderwijsorganisaties binnen redelijke termijn afspraken zijn gemaakt dan kan de gemeente besluiten de werkingssfeer uit te breiden naar andere onderwijsorganisaties met het oog op de samen. Onderwijsorganisaties kunnen tegen dit besluit bezwaar en beroep aantekenen, doorzetting is een “ultimum remedium” en uit de wetsgeschiedenis volgt dat sprake is van “strikte voorwaarden” en “uiterste situaties”.⁶⁵

C. Bekostigingsnoodzaak: voorbeeld voorzieningenplanning huisvesting en krimpregeling

Regionale afstemming huisvestingsvoorzieningen is vooral gebruikelijk in het voortgezet onderwijs

Hoewel voor het primair en voortgezet onderwijs geldt dat de gemeenteraad op grond van de onderwijswetgeving verplicht is om te voorzien in de huisvesting, is het gebruikelijk dat hierover regionaal afstemming plaats heeft en dat bestuurders met elkaar en met de gemeente afspraken over de voorzieningenplanning maken. Die afspraken borgen het politiek en bestuurlijk draagvlak en bevorderen een efficiënt gebruik van de huisvestingsvoorzieningen. Gesteld kan worden dat dergelijke regionale afstemming eigenlijk noodzakelijk is voor het maken van een aanspraak op bekostiging en het doelmatig besteden van publieke middelen.

De precieze vormgeving van de regionale afstemming is divers. Het aantal mogelijkheden voor samenwerking bij de onderwijshuisvesting is ruim en uiteraard zijn er veel tussenvarianten. Desalniettemin is een belangrijk aanknopingspunt voor de samenwerking het gegeven dat gemeenten jaarlijks verplicht overleg moeten voeren met onderwijsorganisaties over het door de gemeenteraad vast te stellen huisvestingsprogramma (artikel 95 Wpo en artikel 76f Wvo). Dit huisvestingsprogramma omvat de voorzieningen in de huisvesting

63 Concept Onderzoekskader 2017 PO, aspect 2.5.

64 *Kamerstukken II* 2003/04, 29536, nr. 1 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30313, nr.3, p. 6-7.

65 *Kamerstukken II* 2008/09, 31989, nr. 3, p. 17, *Kamerstukken II* 2009/10, 31989, nr. 24, p. 1 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31989, nr. C, p. 2-3.

die in het navolgende jaar voor bekostiging in aanmerking worden gebracht. Specifiek voor het voortgezet onderwijs geldt de mogelijkheid om te komen tot regionale plannen (artikel 72 Wvo).

In 2008 heeft de onderwijswetgever door middel van artikel 72 Wvo expliciet bevestigd dat onderwijsorganisaties in het voortgezet onderwijs met elkaar kunnen samenwerken om het onderwijsaanbod af te stemmen op de vraag van leerlingen, ouders en andere belanghebbenden in de regio.⁶⁶ De bepaling geeft onderwijsorganisaties de mogelijkheid om met elkaar een zogeheten regionaal plan onderwijsvoorzieningen (**RPO**) vast te stellen waarna de minister van OCW overgaat tot de bekostiging van de op dat plan opgenomen vestigingen en scholen en verplaatsingen mogelijk zijn. De voorwaarde is dat er voldoende draagvlak is bij de betrokken onderwijsorganisaties en dat de scholen van niet deelnemende onderwijsorganisaties in de betreffende regio niet te maken krijgen met meer 10% leerlingenverlies. De regeling had als achtergrond het moderniseren en vereenvoudigen van de stichtings- en verplaatsingsprocedure, het vergroten van de autonomie van onderwijsorganisaties door hen meer invloed te geven op de voorzieningenplanning en het beter laten aan sluiten van het onderwijsaanbod bij de wensen van leerlingen/ouders, vervolgonderwijs en arbeidsmarkt.

Artikel 72 Wvo regelt niet wat de grens is van een regio of welke onderwijsorganisaties partij moeten zijn bij de in het RPO vast te leggen schoolbesturen. Onderwijsorganisaties zijn ook niet verplicht aansluiting te zoeken bij een RPO; de mogelijkheid om individueel aanvragen in te dienen voor bekostiging van een nieuwe school of vestiging is behouden. Wel schrijft de wettelijke regeling voor dat er ten minste twee onderwijsorganisaties partij moeten zijn, dat het betrokken gebied aaneengesloten is, en moet ook het minimale doel van de samenwerking voldoen aan de wet. Dat wettelijk voorgeschreven doel is het afstemmen van het onderwijsaanbod op de vraag van de leerlingen, ouders en andere belanghebbenden in het gezamenlijke werkgebied.⁶⁷ Voorts geldt een minimale plantermijn van 5 jaar.⁶⁸

Een RPO biedt niet alleen de mogelijkheid tot gezamenlijke planning van het onderwijsaanbod maar vormt ook het voorportaal voor de planning van de bijbehorende huisves-

66 Wet modernisering, vereenvoudiging en beperking van de wettelijke regels over de voorzieningenplanning bij scholen (Stb. 2008, 296; dossier 31310). De wetswijziging volgde op een eerdere beleidsregel voor het vmbo, waarbij voor de planning van het vmbo regionale samenwerking door middel van “arrangementen” was voorgeschreven. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 VIII, nr. 14 (Koers VO) en Adviesgroep vmbo, *Voortvarend vmbo. Samen koersen op bewegingsruimte*, Den Haag, mei 2006 en *Kamerstukken II* 2005/96, 30079, nr. 8.

67 *Kamerstukken II* 2007/08, 31310, nr. 3, p. 31.

68 *Kamerstukken II* 2007/08, 31310, nr. 3, p. 32.

tingsvoorzieningen. Uit het RPO moet dan ook blijken welke voorzieningen de deelnemende onderwijsorganisaties willen realiseren en welke gevolgen dit heeft voor het aantal leerlingen per vestiging. Zo kan de gemeente inzicht krijgen in de te verwachten huisvestingsgevolgen. Met de betrokken gemeenten dient in dit verband dan ook “op overeenstemming gericht overleg” plaats te vinden over het RPO.⁶⁹

Er geldt geen verplichting om deel te nemen aan een RPO, maar partijen bij voorbaat uitsluiten is niet zonder meer mogelijk. Over de duiding van de juridische status van het RPO is enige discussie geweest.⁷⁰ De Onderwijsraad wees er in elk geval op dat een onderwijsorganisatie die niet de kans heeft gekregen om deel te nemen aan het overleg jegens de wel deelnemende onderwijsorganisaties een actie uit onrechtmatige daad kan instellen (artikel 6:162 BW).⁷¹ Is dit een overeenkomst tussen partijen en welke rechten hebben die onderwijsorganisaties die geen partij zijn bij het RPO? Uiteindelijk heeft de regering er voor gekozen om in de wet niet het begrip overeenkomst op te nemen, maar het begrip plan.⁷² Dat doet echter niets af aan de verbintenisrechtelijke verhouding tussen de deelnemende onderwijsorganisaties.

Bruikbaarheid in andere sectoren?

Is het idee van een RPO ook bruikbaar andere onderwijssectoren? In elk geval in het primair onderwijs ligt voor de hand om de procedure voor stichting, omzetting, verplaatsing (en desnoods fusie) eenvoudiger te maken op het moment dat de voornemens daartoe zijn beschreven in een regionaal plan. Zo kan in bijvoorbeeld krimpregio's onnodige concurrentie worden vermeden. In regio's die te maken hebben met groei kan het nuttig zijn meer afstemming te hebben over de planning van de voorzieningen in nieuwe wijken en buurten. In het primair onderwijs worden voorts met enige regelmaat met de gemeente en met kinderopvangorganisaties gemeentebrede afspraken gemaakt over het voorzieningenbeleid van de gemeente om zo te bereiken dat gezamenlijk geïnvesteerd kan worden in de totstandbrenging van brede scholen en zogeheten integrale kindcentra.⁷³

In het middelbaar beroepsonderwijs bestaat ook een behoefte aan (regionale) afstemming van het onderwijs en aan meer samenwerking tussen roc's met het oog op de macrodoel-

69 Deze overlegverplichting is vergelijkbaar met die voor het passend onderwijs en het onderwijsachterstandenbeleid. Zij is het gevolg van een amendement in de Tweede Kamer. *Kamerstukken II* 2007/08, 31310, nr. 17 (amendement-Heijnen).

70 Onderwijsraad 2006c.

71 Onderwijsraad 2006c.

72 *Kamerstukken II* 2007/08, 31310, nr. 3, p. 18.

73 Zie o.a. Klankbordgroep IKC 2010, Berenschot 2010 en Regiegroep Kindcentra 2020, *Kindcentra 2020; een realistisch perspectief*, oktober 2015, te raadplegen via www.kindcentra2020.nl.

matigheid van het onderwijsaanbod.⁷⁴ Opvallend is in dit verband dat uit de onderzoeken naar de financiële positie van het beroepsonderwijs in 2014 bleek dat vier van de vijf roc's die onder verscherpt toezicht waren gesteld, te maken hadden met zeer hoge huisvestingslasten en dat drie van hen in hun regio te maken hadden met wezenlijke concurrentie door een ander roc.⁷⁵ Die constatering laat reeds zien dat samenwerking tussen onderwijsorganisaties en extra afstemming van het onderwijsaanbod en het huisvestingsbeleid eigenlijk noodzakelijk mag worden geacht.⁷⁶ Op grond van artikel 6.1.3 lid 3 Web heeft het bevoegd gezag van een roc sinds 2015 ook de verplichting om er voor zorg te dragen dat zijn alleen beroepsopleidingen aanbieden als de verzorging van die beroepsopleidingen, gelet op het geheel van de voorzieningen op het gebied van het beroepsonderwijs, doelmatig is.⁷⁷ De Adviescommissie Macrodoelmatigheid MBO kan over de naleving van deze zorgplicht macrodoelmatigheid in opdracht van de minister van OCW en op verzoek van roc's adviseren.⁷⁸ Niet uitgesloten moet worden dat in het kader van dat onderzoek regionale afspraken over de afstemming van huisvestingsvoorzieningen en beroepsopleidingen een doorslaggevende rol kunnen spelen. In elk geval geeft het maken van dergelijke afspraken invulling aan de mate waarin aan de zorgplicht macrodoelmatigheid wordt voldaan.

D. Zorgvuldigheidsverplichting: voorbeeld samenwerking aanmeldings- en toelatingsbeleid primair en voortgezet onderwijs

Voor onderwijsorganisaties in het primair en voortgezet onderwijs geldt niet de wettelijke verplichting dat zij met elkaar afspraken moeten maken over hun aanmeldings- en toelatingsbeleid. In de praktijk blijkt hieraan echter bij gemeenten, scholen, leerlingen en ouders wel veel behoefte te bestaan. Deze behoefte bestaat al langer en krijgt de laatste jaren meer aandacht. Gesteld kan worden dat deze vorm van samenwerking getuigt van een maatschappelijke verwachting om een proces in te richten dat getuigt van zorgvuldigheid. De vraag of en in welke mate een onderwijsorganisatie op dit terrein samenwerkt, kan enige invulling geven aan de bij de beoordeling van toelatingsgeschillen van hen verlangde zorgvuldigheid; al dan niet hoofde van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of redelijkheid en billijkheid.

Reeds midden de jaren zeventig van de vorige eeuw bestond er behoefte aan het kunnen vaststellen van een voedingsgebied voor scholen.⁷⁹ Die behoefte leidde ertoe dat reeds in de oorspronkelijke versie van de Wet op het basisonderwijs een artikel werd opgenomen

74 Commissie Onderwijs en Besturing BVE, *Naar meer focus op het mbo!*, Den Haag, november 2010.

75 *Kamerstukken II* 2014/15, 31524, nr. 204.

76 Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 31524, nr. 207, p. 5.

77 Stb. 2015, 56 (Wet macrodoelmatigheid in het mbo).

78 Stcrt. 2015, nr. 47109, 23 december 2015 (Beleidsregel macrodoelmatigheid beroepsonderwijs).

79 *Kamerstukken II* 1976/77, 14428, nr. 3, p. 53.

die voorzag in de mogelijkheid voor de gemeenteraad om voor de openbare scholen een spreidingsbeleid vast te stellen.⁸⁰ Op dit moment is de regeling terug te vinden in artikel 65 Wpo. Deze regeling biedt de gemeenteraad de bevoegdheid om “uitsluitend in het belang van een doelmatige spreiding van de leerlingen over de openbare scholen, het grondgebied van de gemeente in schoolwijken te verdelen”.⁸¹ De motivatie voor de regeling was onder meer de wens van de onderwijswetgever om te voorkomen dat kinderen uit culturele minderheden in één of enkele scholen geconcentreerd zouden raken.⁸² De vraag of bij openbare scholen in het primair onderwijs een spreidingsbeleid kan worden vastgesteld om redenen van opnamecapaciteit werd bevestigend beantwoord door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in 1985 en 1986.⁸³ Beide uitspraken laten de mogelijkheid open voor gemeenten om voor openbare scholen een opnamecapaciteit vast te stellen en geven aan dat dit op zichzelf niet onaanvaardbaar te achten is. De Wvo bevat niet een vergelijkbare regeling voor het openbaar voortgezet onderwijs en voor het bijzonder onderwijs ontbreekt de regeling in beide onderwijssectoren. Toch is algemeen geaccepteerd dat ook organisaties voor bijzonder onderwijs de bevoegdheid hebben om een gezamenlijk spreidings- en toelatingsbeleid vast te stellen. De President van de Rechtbank Utrecht koppelde die bevoegdheid in 2000 aan de vrijheid van richting (waar vrijheid van inrichting meer voor de hand had gelegen) en overwoog dat een bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs omwille van de optimale benutting, verantwoord personeelsbeleid en goed onderwijs een belang heeft bij het vaststellen en strikte handhaving van een spreidingsbeleid.⁸⁴ De bewuste uitspraak bevestigde aldus dat onderwijsorganisaties een opnamecapaciteit als voorwaarde voor de inschrijving kunnen hanteren.⁸⁵ De Rechtbank Amsterdam oordeelde in 2015 onder verwijzing naar artikel 118a Wvo, dat onderwijsorganisaties voor

80 Artikel 44 Wet op het basisonderwijs. Thans artikel 65 Wpo.

81 Tijdens de introductie van de bevoegdheid in 1977 en de uiteindelijke introductie was de gemeenteraad het bevoegd gezag van de openbare basisscholen. De Wet bestuursvormen openbaar onderwijs heeft geen wijziging gebracht in de formulering van artikel 65 Wpo. Dat heeft als gevolg dat enigszins onduidelijk is of bij het openbaar primair onderwijs de bevoegdheid om een schoolwijkenbeleid vast te stellen ook een bevoegdheid is van een stichting voor openbaar onderwijs. Mijns inziens is gelet op de wetsgeschiedenis verdedigbaar dat in artikel 65 Wpo voor “gemeenteraad” ook kan worden gelezen de “stichting voor openbaar onderwijs”. Het gegeven dat op grond van artikel 48 lid 5 Wpo de stichting voor openbaar onderwijs alle taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag uitoefent versterkt dit.

82 *Kamerstukken II* 1980/81, 14428, nr. 17, p. 12.

83 ABRvS 29 juli 1985, ECLI:NL:RVS:1985:AM8746 en AB 1986, 191 m.nt. B.J. van der Net (Schoolwijkenbeleid Oegstgeest) en ABRvS 18 juni 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AH1258 en AB 1987, 50 m.nt. B.J. van der Net (Schoolwijkenbeleid Wij bij Duurstede).

84 Rb. Utrecht (vz), 23 november 2000, ROR 2000-2002, 12 m.nt. Vermeulen. Zie over deze uitspraak ook Huisman 2001, p. 29 en Huisman & Noorlander 2009, p. 120.

85 Rb. Utrecht (vz), 23 november 2000, ROR 2000-2002, 12 m.nt. Vermeulen. Zie over deze uitspraak ook Huisman 2001, p. 29 en Huisman & Noorlander 2009, p. 120.

voortgezet onderwijs de bevoegdheid hebben om gezamenlijk beleid vast te stellen voor de aanmelding en inschrijving van leerlingen.⁸⁶

Wat nu als op de school van voorkeur de opnamecapaciteit is bereikt? Is de onderwijsorganisatie of de gemeente dan bevoegd om over te gaan tot een loting of zijn zij verplicht de opnamecapaciteit te verhogen? Deze vraag kwam aan de orde in een geschil over de loting bij het Stedelijk Gymnasium in Haarlem.⁸⁷ De Rechtbank Haarlem overwoog dat het systeem van bekostiging op zichzelf niet een zodanig argument kon zijn dat hieraan zelfstandige betekenis toekomt in het licht van de belangen van eisers en hun kinderen. Wel doorslaggevend waren volgens de Rechtbank Haarlem de gevolgen voor de huisvesting en het personeelsformatie.⁸⁸

Afspraken op basis van lokaal overleg

Een gemeenschappelijk aanmeldingsbeleid- en inschrijvingsbeleid volgt op de behoefte aan afspraken over voorzieningen in de huisvesting en de planning daarvan (zie hiervoor), de zorgplicht passend onderwijs, de afstemming over basisschooladviezen en de overdracht van leerlingdossiers en/of lokale onrust bij ouders en gemeenten over lotingen op één of meer scholen. De initiatiefnemers zijn soms de gemeenten, soms de onderwijsorganisaties zelf (al dan niet verenigd in lokale overleggen) en soms de samenwerkingsverbanden passend onderwijs. De afspraken worden doorgaans besproken binnen het samenwerkingsverband en/of lokaal overleg onderwijsachterstandenbeleid (artikel 167a Wpo en artikel 118a Wvo) en vastgelegd in overeenkomsten, convenanten en overlegbesluiten. Voorbeelden van afspraken over gemeenschappelijke aanmelding en inschrijving zagen we in 2015 onder meer in Nijmegen, Rotterdam, regio Haaglanden, Breda, Zaanstad, regio Midden-Holland & Rijnstreek, Utrecht, Eindhoven, Deventer, Amsterdam, regio Zuid-Kennemerland, regio Eindhoven-Kempenland, regio Heuvelrug en de regio Amstelland.⁸⁹

86 Rb. Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4085, *NJF* 2015/366 (matching voortgezet onderwijs Amsterdam).

87 Rb. Haarlem 3 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD2977 (Loting Stedelijk Gymnasium Haarlem).

88 Rb. Haarlem 3 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD2977 (Loting Stedelijk Gymnasium Haarlem), r.o. 2.29: Dit ligt echter anders met betrekking tot het geschetste dreigend tekort aan lokalen, de roostergevolgen en gevolgen met betrekking tot het inpassen van de formatie in de beschikbare lokalen, zoals door verweerder eveneens is aangevoerd. Voorsnog heeft verweerder voldoende aannemelijk gemaakt dat bij vertrek van vijf eindexamenklassen de komst van een zesde brugklas de school voor onoverkomelijke roosterproblemen c.a. stelt gelet op de beperkt beschikbare huisvesting. Gelet op de gemeentelijke Verordening voorzieningen huisvesting onderwijs Haarlem is niet direct extra huisvesting voorhanden. (...) Verweerder heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat huisvestingsproblemen niet extern kunnen worden opgelost. Gelet op het vorenstaande heeft verweerder in redelijkheid kunnen vasthouden aan vijf brugklassen, hetgeen neerkomt op 140 leerlingen, voor het schooljaar 2008-2009."

89 Deze voorbeelden zijn ontleend aan een onderzoek in het voorjaar van 2015 op de websites van de veertig grootste gemeenten en de in die gemeenten gevestigde onderwijsorganisaties voor voortgezet onderwijs.

De inhoud van de afspraken verschilt sterk. De minimale afspraak is een gezamenlijke informatiebrochure. Ook worden soms alleen afspraken gemaakt over gelijke data voor aanmelding, eventuele loting en inschrijving. Een stap verder is een gemeenschappelijk aanmeldings- en inschrijvingsbeleid dat uitgaat van afspraken tussen de onderwijsorganisaties over de opnamecapaciteit van de individuele scholen en leerwegen. De gemeente is daarbij doorgaans ook partij of in elk geval bij betrokken gelet op zijn verantwoordelijkheid voor de huisvesting en het onderwijsachterstandenbeleid. Een deel van deze afspraken kan ook meer impliciet zijn gemaakt in het kader van het regionaal plan onderwijshuisvesting als bedoeld in artikel 76v Wvo.

Soms bestaat behoefte aan de afstemming van toelatings- en voorrangscriteria, zoals voorrangstrechten voor leerlingen uit een specifieke wijk, de eigen gemeente of een nader te bepalen regio. Er zijn twee uitspraken bekend waarin de rechtbank over dergelijke criteria heeft geoordeeld. In de casus Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam oordeelde de Rechtbank Amsterdam in 2010 dat Amsterdamse middelbare scholen een regiofunctie hebben en dat het toelating verlenen van kinderen buiten de eigen gemeente een legitiem doel kan dienen.⁹⁰ In een uitspraak drie jaar later over het door een onderwijsorganisatie hanteren van een voorrangstrecht voor kinderen uit de eigen gemeente, oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat zij in de concrete omstandigheden niet stand kon houden.⁹¹ Het ging in de betreffende zaak om een kind uit de gemeente Ouder-Amstel waar geen school voor voortgezet onderwijs was gevestigd en die daarom in de naastgelegen gemeente Amstelveen naar school wilde. Beide gemeenten participeerden in hetzelfde regionaal plan onderwijsvoorzieningen. De rechtbank overwoog dat het doel van een dergelijk plan mede is het bieden van onderwijs aan de leerlingen woonachtig in die regio en dat om die reden slechts in geval van zwaarwegende belangen overgegaan mag worden tot maatregelen die de toegang tot de school voor kinderen van ouders in deze regio beperken.

Afspraken die (voorrang)sriteria inhouden zoals onderwijs- en taalachterstand, nationaliteit of etniciteit komen op hun beurt al snel in strijd met het verbod op directe of indirecte discriminatie.⁹² De Onderwijsraad oordeelde over een gemeenschappelijk toelatingsbeleid uitgaande van een dergelijke gedwongen spreiding, dat de alsdan te hanteren criteria al snel in strijd komen met de nationale en internationale anti-discriminatie-normen.⁹³ Tegelijkertijd adviseerde de Onderwijsraad wel om gemeenten en onderwijsorganisaties

90 Rb. Amsterdam 8 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL6789 (Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam).

91 Rb. Amsterdam 1 maart 2013 (Amstelveen College), niet gepubliceerd.

92 Vermeulen & Zoontjens 2009, i.h.b. p. 242-244. De ontwikkelingen in Nijmegen verleide Vermeulen en Zoontjens in 2009 tot het formuleren van een toetsingskader voor de beoordeling van afspraken tussen onderwijsorganisaties en gemeenten over het aanmeldings- en inschrijvingsbeleid.

93 Onderwijsraad 2005, p. 49 en eerder Onderwijsraad 2002, p. 62.

te verplichten om met elkaar jaarlijks overleg te hebben over het voorkomen van segregatie, de afstemming over inschrijvings- en toelatingsprocedures en hieruit voortvloeiende voorstellen om tot een evenwichtige verdeling van leerlingen met een onderwijsachterstand over de scholen te komen.⁹⁴ Dit advies werd uiteindelijk door de onderwijswetgever omarmd en die verplichting is nu terug te vinden in de artikelen 167a Wpo en 118h Wvo.⁹⁵

In 2009 rezen er naar aanleiding van afspraken in de regio Nijmegen over centrale aanmelding en het opgeven van meerdere voorkeuren zorgen over de resterende schoolkeuzevrijheid. De staatssecretaris van OCW reageerde hierop met de opmerking dat een centraal aanmeldingsbeleid generieke voordelen kan hebben zoals “snelle duidelijkheid over inschrijving na de sluitingsdatum, eenduidige advisering op basis van heldere regels, objectieve eerlijke spelregels die voor iedereen hetzelfde zijn”.⁹⁶

Het grote voordeel van afspraken tussen onderwijsorganisaties over het aanmeldings- en inschrijvingsbeleid is niet alleen een doelmatiger gebruik van de huisvesting, maar ook de kans die het biedt om onrust bij ouders en kinderen te voorkomen. Duidelijkheid over de procedure, transparante criteria, objectiviteit en communicatie zijn belangrijke waarden en getuigen van zorgvuldigheid. Men zou zelfs kunnen stellen dat een onderwijsorganisatie die overgaat tot loting op een school zonder over de gevolgen van uitloting afspraken te maken met andere onderwijsorganisaties, onbehoorlijk handelt. Het als onderwijsorganisaties met elkaar maken van afspraken over in elk geval de aanmeldingsprocedure is in die zin een samenwerkingsverplichting die volgt uit een maatschappelijke verwachting.

7.3.4 *Reflectie op betekenis samenwerkingsverplichtingen*

Bij samenwerking is uiteindelijk altijd sprake van gedeelde verantwoordelijkheden en onderlinge afhankelijkheid. Bij samenwerkingen is tegelijkertijd ook altijd aandacht nodig voor de vraag wie nu verantwoordelijk is voor het geven van onderwijs, voor de aansluiting op de werkzaamheden van andere maatschappelijke organisaties en de macrodoelmatigheid van het onderwijsaanbod en wie de bijbehorende (financiële) risico's draagt. De WRR pleitte in 2009 voor het benadrukken van de maatschapsgedachte. In het kader van een advies over de hoge uitval van jongeren meende zij dat eigenlijk sprake zou moeten zijn van een ‘maatschap van betrokkenen’ en een gedeelde verantwoordelijkheid aan de frontlijn. De WRR overwoog dat alle betrokkenen, dus ook niet-onderwijsorganisaties,

94 Onderwijsraad 2005, p. 52.

95 Nieuwe wettelijke regeling onderwijsachterstandenbeleid (Stb. 2006/340; dossier 30313). Zie hierover ook Zoontjens 2007.

96 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 1712 en 1713.

aangesproken moesten kunnen worden op (a) hun gedeelde verantwoordelijkheid aan de frontlijn, (b) scholen-binnen-de-school, (c) voortdurende zelfvernieuwing, en (d) hun rol in het netwerk van professionals.⁹⁷

Deze maatschapsgedachte, die gestoeld is op het benadrukken van de gedeelde verantwoordelijkheid, wringt met de juridische verantwoordingsverplichting van onderwijsorganisaties en de verantwoordelijkheid van bestuurders jegens de eigen onderwijsorganisatie. De vraag is hoe om te gaan met het aanvaarden van de effecten van gedeelde verantwoordelijkheden. Onderwijsorganisaties vervullen een maatschappelijke functie maar de bijbehorende maatschappelijke opdracht is niet onbegrensd.⁹⁸ Samenwerking mag niet ten koste gaan van het eigen belang van de onderwijsorganisatie. Dat geldt ook voor hun bestuurders: ook hun bestuurlijke taak en de door hen af te wegen belangen kunnen niet oneindig worden opgerekt. Het gegeven dat er ergens een grens te trekken is voor wat betreft de ruimte om tot samenwerking over te gaan, verleidt onderwijsorganisaties en bestuurders soms tot een defensieve houding.

Een defensieve houding bij samenwerking kan leiden tot het snel terugvallen door onderwijsorganisaties op de eigen kerntaak: het geven van onderwijs. Dat defensieve pleidooi wordt met enige regelmaat geuit. Zo waarschuwde de Onderwijsraad er in 2008 voor dat scholen eigenlijk primair hun wettelijke taken betreffende kwalificatie en socialisatie zouden moeten uitvoeren.⁹⁹ Hun extra maatschappelijke takenlast mocht niet te zwaar worden en scholen mochten niet eenzijdig de lasten dragen van “de gedeelde verantwoordelijkheid van alle betrokken maatschappelijke actoren” dragen.¹⁰⁰ Samenwerking binnen samenwerkingsverbanden en bestuurlijke netwerken ter vervulling van de maatschappelijke verantwoordelijkheid zijn echter een dagelijkse werkelijkheid. Bestuurlijke netwerkvorming is een gegeven en leidt in veel gevallen tot maatschappelijke baten. Risico’s zijn verkokering, versnippering, het afschuiven van verantwoordelijkheden en het (onbedoeld) nemen van teveel verantwoordelijkheden en financiële risico’s. De door de WRR bepleitte maatschaps-gedachte biedt onderwijsorganisaties en bestuurders op zich enige bescherming door de mogelijkheid om – als het bij een samenwerking toch mis is gegaan – te wijzen op de verantwoordelijkheid van de samenwerkingspartners en de afhankelijkheid van het bestuurlijk netwerk. Die maatschapsgedachte zou vervolgens ook een rol kunnen spelen bij de beoordeling en waardering door externe en interne toezichthouders van de verantwoordelijkheid en taakvervulling door bestuurders.

97 WRR 2009, p. 204-213.

98 *Kamerstukken II* 2008/09, 31135, nr. 19, p. 4. Zie ook Turkenburg 2008.

99 Onderwijsraad 2008.

100 Onderwijsraad 2008, p. 68.

7.4 WETTELIJKE FACILITEITEN VOOR SAMENWERKING

7.4.1 *Inleiding*

De onderwijswetgeving kent een viertal wettelijke faciliteiten die onderwijsorganisaties expliciet de ruimte bieden om onderling samen te werken. Het betreft de samenwerkings-overeenkomst kleine scholen (artikel 157 lid 3 Wpo), de zogeheten centrale dienst in het primair en voortgezet onderwijs (dienst (artikel 68 Wpo en 53b Wvo), de symbiose-regeling in het voortgezet en middelbaar onderwijs (artikel 25a Wvo en artikel 6.2aa Web) en het samenwerkingsinstituut hoger onderwijs (artikel 7.1 Whw). De laatste drie wettelijke faciliteiten hebben met elkaar gemeen dat ze – binnen enkele specifieke randvoorwaarden – de gelegenheid bieden om samenwerking vorm te geven.

Een beschrijving van de vier faciliteiten in de paragrafen is nuttig om inzicht te krijgen in het doel van dergelijke faciliteiten en de doorgaans gehanteerde voorwaarden.

7.4.2 *Samenwerkingsovereenkomst kleine scholen en krimpbeleid*

Samenwerking is bij het openhouden van kleine scholen die onder de opheffingsnorm geraken eigenlijk noodzakelijk voor het kunnen openhouden van zo'n school. Artikel 157 lid 3 Wpo biedt onderwijsorganisaties de kans om gezamenlijk gebruik te maken van de gemiddelde schoolgrootteregeling. Op basis van een samenwerkingsovereenkomst tussen twee onderwijsorganisaties kan een kleine school zo toch in stand blijven. Voorwaarde is wel dat de grotere onderwijsorganisatie scholen van voldoende omvang in stand houdt, dat deze garant staat en dat het betrokken personeel van de grotere onderwijsorganisatie een baangarantie krijgt. De samenwerkingsovereenkomst moet worden aangegaan voor een periode van 10 jaar.

Aan deze voorwaarden kan in krimpgebieden niet altijd worden voldaan. Vanaf ongeveer 2006 wordt er door bestuurders in het onderwijs aandacht besteed aan het thema krimp.¹⁰¹ Eén van de conclusies van onderzoek van het Netwerk Bevolkingsdaling was dat door krimp de concurrentie tussen onderwijsorganisaties en scholen intensiever werd.¹⁰² Die concurrentie leidde tot hogere uitgaven aan marketing en een groei van de roep meer afstemming tussen gemeenten, provincies en onderwijsorganisaties. Onderwijsorganisaties

101 Derks, Hovens & Klinkers 2006. Algemene informatie is ook te vinden via het Nationaal Netwerk Bevolkingsdaling. Zie www.vanmeernaarbeter.nl. Zie ook Sectorbestuur onderwijsarbeidsmarkt 2010.

102 Themagroep Krimp en Onderwijs, *Position paper 'Krimp en onderwijs'*, Nationaal Netwerk Bevolkingsdaling, 2009, p. 11.

op hun beurt zochten naar schaalgrootte, flexibilisering van de huisvesting en flexibilisering van het personeelsbestand. Daarbij gaven veel betrokkenen aan dat de krimp een risico vormde voor de spreiding, bereikbaarheid, de diversiteit en de doelmatigheid van het onderwijs en minder ruimte om te investeren in de kwaliteit.¹⁰³ De Inspectie van het Onderwijs kwam tot vergelijkbare conclusies.¹⁰⁴

De krimpproblematiek werd het eerst gevoeld in de regio's Zeeuws-Vlaanderen, Zuid-Limburg, Noord-Oost Groningen, Drenthe en de regio Achterhoek, maar is ook in andere landelijke regio's een aandachtspunt.¹⁰⁵ De communis opinio is sinds 2010 eigenlijk dat er meer regie op krimp wenselijk is. Naast het belang van de juiste informatie, goede communicatie, het opstellen van begrotingen die rekening houden met krimp en professioneel bestuur, werd en wordt vooral gewezen op de noodzaak van meer samenwerking tussen onderwijsorganisaties onderling en tussen onderwijsorganisaties en lokale overheden.¹⁰⁶

Philipsen wees er op dat sprake is van het balanceren tussen het belang van het behoud van een pluriform en divers onderwijsbestel en het belang van financiële doelmatigheid. Naarmate de balans doorslaat naar dit tweede belang geraakt volgens hem de keuzevrijheid in het geding en kan de overheid haar verplichting om te voorzien in voldoende onderwijs niet langer waarmaken.¹⁰⁷ Het is een balans waar ook de Onderwijsraad in zijn advies uit 2013 op wijst.¹⁰⁸ Diezelfde Onderwijsraad nuanceerde het probleem van krimp overigens. Hij wees er op dat slechts 1 op 3 kleine scholen ook de laatste school is van het dorp en dat in andere Noord- en West-Europese landen een langere afstand tot de school de norm is.¹⁰⁹ Het openhouden van kleine scholen is volgens de Onderwijsraad vooral een politieke beleidskeuze gericht op de bescherming van keuzevrijheid van ouders. De Onderwijsraad pleitte er vervolgens voor om de kwaliteit van het onderwijs voorop te stellen. Eén van de aanbevelingen aan de overheid was om er voor zorg te dragen dat scholen zelf gemakkelijk gezamenlijk een goed en dekkend aanbod kunnen organiseren. Daartoe moest volgens de Onderwijsraad een proces op gang komen waarin scholen lokaal en regionaal samenwerken en dit zou gestimuleerd moeten worden door gebruik te maken van 'Regionale aanpassings-

103 Zie over de vraag of de overheid een verantwoordelijk heeft om – al dan niet in het kader van krimp – zorg te dragen voor een divers en pluriform onderwijsaanbod: Philipsen 2013, p. 56-57. Hij is van oordeel dat op grond van artikel 23 Grondwet het Rijk een “basale verantwoordelijkheid” heeft voor “de beschikbaarheid van een coherent stelsel van zowel openbaar als bijzonder onderwijs”.

104 Inspectie van het Onderwijs 2012.

105 Douma & Van Ede 2010.

106 Douma & Van Ede 2010, p. 33-34.

107 Philipsen 2013, p. 58.

108 Onderwijsraad 2013b, p. 16-19.

109 Onderwijsraad 2013b, p. 23-24.

plannen'. Wettelijke regels die de samenwerking bemoeilijken dienden te worden vereenvoudigd.¹¹⁰

De regering is geen voorstander van al te rigoureuze maatregelen om krimp op te vangen.¹¹¹ De boodschap lijkt te zijn dat onderwijsorganisaties vooral een eigen verantwoordelijkheid hebben: "Schoolbesturen gaan over het onderwijsaanbod. Zij zijn aan zet om het onderwijs toekomstbestendig te maken. (...)".¹¹² En: "Het uitgangspunt van het beleid rond leerlingdaling is dat schoolbesturen in de regio de verantwoordelijkheid hebben samen te werken aan oplossingen voor krimp."¹¹³ De literatuur is meer verdeeld. Zo meende Van Willegen dat een verruiming van de regels voor de fusietoets noodzakelijk was.¹¹⁴ Een minder strenge fusietoets zou ook een antwoord kunnen geven op het ontstaan van complexe juridische structuren en informele samenwerkingsscholen. Niessen noemde een ruimere fusietoets wel kwetsbaar voor meer politieke besluitvorming.¹¹⁵

De stand van zaken eind 2015 is dat door de rijksoverheid en de onderwijswetgever vooral wordt gestuurd op informele samenwerking. Wel lijkt sprake te zijn van meer bewustwording bij de rijksoverheid dat enige extra ondersteuning nodig is om brede samenwerking en regionale planvorming echt tot stand te laten komen; veel onderwijsorganisaties vragen daar ook om.¹¹⁶ In 2014 werd bijvoorbeeld gekozen voor een aanpassing van Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs door het verkorten van de behandeltermijn van aanvragen bij scholen in krimpgebieden of scholen met dreigende opheffing en het expliciet benoemen van een daling of een nog te verwachten daling als mogelijke rechtvaardigingsgrond.¹¹⁷ Voorts is het de bedoeling dat de regels voor omzetting van de richting van een

110 Dergelijke regionale aanpassingsplannen vertonen veel gelijkenis met het Regionaal Plan Onderwijsvoorzieningen als bedoeld in artikel 72 Wvo. Met het idee van een regionaal aanpassingsplan is voor het eerst ervaring opgedaan in de provincie Zeeland. Onder procesbegeleiding van een door het ministerie van OCW aangezochte Onderwijs Autoriteit werd in 2010 een adviesrapport opgesteld: Commissie Taskforce Zeeland, *Kerend Tij*, maart 2010. De provincie Zeeland kent nog steeds een Onderwijs Autoriteit die met financiële ondersteuning van het ministerie van OCW de rol van procesbegeleider vervult. In 2014 werd aangekondigd die financiële ondersteuning voort te zetten en ook voor regio's mogelijk te maken. Zie daarover *Kamerstukken II* 2013/14, 31 293, nr. 203, p. 15.

111 *Kamerstukken II* 2012/13, 31293, nr. 167, p. 2.

112 *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 203, p. 1.

113 *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 203, p. 15.

114 Van Willegen 2013, p. 113-121.

115 Zo wijst bijvoorbeeld Niessen op het goedkeurende besluit van de staatssecretaris van OCW inzake Stichting jong Leren en Stichting Katholiek Onderwijs Merggelland van 27 juni 2013. Zie Niessen 2013, p. 75. De CFTO gaf eerder in een evaluatie aan dat veel onderwijsorganisaties zich wel beroepen op krimp als rechtvaardigingsgrond, maar dat die krimp volgens haar vaak "niet zo ernstig als is gedacht". Zie CFTO 2012, p. 25.

116 *Kamerstukken II* 2014/15, 31289, nr. 251, p. 5-6.

117 Stcrt. 2014, nr. 25350, 10 september 2014 (Wijziging Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs in verband met de uitwerking van de fusietoets in krimpgebieden).

school en de verplaatsing van scholen worden vereenvoudigd, dat het makkelijker wordt om een samenwerkingsschool te vormen, dat de medezeggenschap extra rechten krijgt en dat meer uitwisseling mogelijk is.¹¹⁸ Dergelijke aanpassingen sluiten aan bij de door Philipsen benoemde basale verantwoordelijkheid van de overheid om zorg te dragen voor een coherent stelsel van zowel openbaar als bijzonder onderwijs.¹¹⁹

7.4.3 *Centrale dienst primair en voortgezet onderwijs*

Een al bijna klassieke wettelijke faciliteit voor samenwerking is de centrale dienst (artikel 68 Wpo en 53b Wvo). De faciliteit van de wettelijke centrale dienst is in 1992 in het leven geroepen bij de invoering van de functiegerichte bekostigingssystematiek.¹²⁰ Om de bijbehorende risico's te delen bestond onder meer de behoefte bij onderwijsorganisaties aan het 'poolen' van onderwijspersoneel. Die 'pooling' was voor het personeel alleen aantrekkelijk als zij aangesloten konden blijven bij het ABP en zij hun onderwijsrechtspositie konden behouden. De invoering van de centrale dienst moest dit mogelijk maken.

“Gebleken is dat in het onderwijsveld de wens bestaat om zogenaamde centrale diensten mogelijk te maken. Onder centrale diensten worden organisaties verstaan die door de bevoegde gezagsorganen van scholen gezamenlijk worden beheerd en die werkzaamheden verrichten die tot de taken van de scholen behoren, doch waarvan de desbetreffende bevoegde gezagsorganen op vrijwillige basis hebben besloten dat ze in gezamenlijk beheerde, afzonderlijke diensten het meest doelmatig kunnen worden verricht.”¹²¹

De werkzaamheden van een centrale dienst zijn ondersteunend van aard. Blijkens de wettelijke regeling kan een centrale dienst zich uitsluitend ten doel stellen om ten behoeve van scholen en andere bekostigde onderwijsinstellingen werkzaamheden te verrichten ter verzekering van de goede gang van het onderwijs. Daaronder wordt ook begrepen het gezamenlijk beheren van een administratiekantoor. De werkzaamheden mogen echter niet zien op het leiden van een school, het geven van onderwijs of schoolbegeleiding.¹²² Uitgangspunt is dat de kerntaken van een school verricht worden door personeel dat aan de school is verbonden.¹²³ Bijzonder is dat in het voortgezet onderwijs de centrale dienst tot

118 *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 203, p. 3 en *Kamerstukken II* 2014/15, 31289, nr. 251.

119 Philipsen 2013, p. 56 en 57.

120 Wet regelingen i.v.m. invoering FBS (Stb. 1992, 662; dossier 22467).

121 *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 3, p. 9.

122 *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 3, p. 19.

123 *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 5, p. 28.

2014 wel leerwegondersteunend onderwijs mocht geven in het kader van het samenwerkingsverband zorgvoorzieningen.¹²⁴

Een centrale dienst is een rechtspersoon die “uitsluitend” wordt bestuurd door “een bevoegd gezag al dan niet met één of meer andere bevoegde gezagsorganen” en niet het maken van winst beoogt. Een centrale dienst is dus zelf rechtspersoon. Hij moet door ten minste één onderwijsorganisatie bestuurd worden, maar het is ook mogelijk dat er meerdere onderwijsorganisaties betrokken zijn.

De wettekst roept enige verwarring op over de mogelijke bestuurlijke inrichting van de centrale dienst. De wettekst hanteert het begrip “bevoegd gezag” hetgeen voor het primair en het voortgezet onderwijs in de huidige lezing zou betekenen dat het de onderwijsorganisaties (als rechtspersoon) zijn die lid behoren te zijn van het bestuur van de centrale dienst. In de praktijk komen echter ook andere vormen van bestuur voor. Door de formulering van de wettelijke bepaling staat wel vast dat het niet mogelijk is dat lokale overheden, andere maatschappelijke organisaties of onderwijsorganisaties voor middelbaar beroeps-onderwijs of hoger onderwijs de centrale dienst mede besturen. Die behoefte bestond al bij de invoering in 1992 onderwijsorganisaties, maar werd door de regering niet ingewilligd.¹²⁵

Voor het kwalificeren van een rechtspersoon als centrale dienst is de mededeling van de bevoegde gezagsorganen aan de minister van OCW dat zij het bestuur vormen van een centrale dienst voldoende.¹²⁶ De minister van OCW en de Inspectie van het Onderwijs houden dan ook geen direct toezicht op de centrale dienst. De verantwoording ter zake de Rijksbekostiging berust bij de betrokken onderwijsorganisaties.¹²⁷

Een centrale dienst heeft onder meer als voordeel dat de rechtspositie van het personeel dat is aangesteld of benoemd wordt beschermd.¹²⁸ In de CAO PO 2014-2015 valt de centrale dienst onder het begrip instelling (en daarmee onder de werkingssfeer) en in artikel 1.2 CAO VO 2014-2015 is expliciet bepaald dat het personeel van een centrale dienst valt onder de werkingssfeer van deze cao. Dit biedt onderwijsorganisaties bij *pooling* van werknemers een extra mogelijkheid om rekening te houden met de rechtspositie van werknemers.

¹²⁴ Zie artikel 53b lid 5 Wvo.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 3, p. 13-14.

¹²⁶ *Handelingen II* 16 juni 1992, p. 5430-5431.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 5, p. 28.

¹²⁸ *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 3, p. 9-10 en *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 8, p. 14-17.

Een tweede potentieel voordeel van de centrale dienst is de mogelijk bijzondere positie voor de omzetbelasting. In antwoord op vragen over de verschuldigdheid van btw tussen de centrale dienst en de betrokken onderwijsorganisaties, merkte de minister van OCW bij de invoering op “dat uit overleg met de Minister van Financiën is gebleken dat centrale diensten als samenwerkingsverbanden, die diensten verrichten voor de aangesloten leden, voor deze diensten ten opzichte van de leden geen BTW verschuldigd zijn”.¹²⁹ Uit de jurisprudentie blijkt desalniettemin dat de positie van de centrale dienst voor de omzetbelasting niet altijd even gunstig is. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2014 dat bij een centrale dienst geen beroep kon worden gedaan op het zogeheten leerstuk kosten voor gemene rekening en dat zij als gevolg daarvan over de haar ondersteunende werkzaamheden voor andere onderwijsorganisaties omzetbelasting verschuldigd was.¹³⁰ De betreffende stichting hield een bekostigde school in stand en verzorgde daarnaast de salaris- en personeelsadministratie en de financiële administratie voor meerdere andere onderwijsorganisaties. In een uitspraak uit 2015 van het Hof Den Bosch was sprake van een centrale dienst die naast haar werkzaamheden in het kader van de indicatie van leerlingen met een zorg- en ondersteuningsbehoefte ook een Steunpunt Autisme in stand hield. Nu liep het voor wat de BTW-druk wel goed af omdat het Gerechtshof oordeelde dat de werkzaamheden voldoende “nauw met het onderwijs verbonden” waren en om die reden vrijgesteld mochten zijn van BTW.¹³¹

7.4.4 *Symbioseregeling voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs*

Voor onderwijsorganisaties in het voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs bestaat de mogelijkheid om leerlingen een gezamenlijk onderwijstraject vmbo-mbo aan te bieden. Deze vrij algemeen geformuleerde wettelijke faciliteit of symbioseregeling treffen we aan in artikel 25a Wvo en artikel 2.6aa Web en trad in 2006 in werking als gevolg van de Wet ruimte voor samenwerking onderwijsinstellingen.¹³² Specifiek voor leer-werktrajecten is een vergelijkbare regeling getroffen in artikel 10b7 Wvo. Gelet op de inhoudelijke gelijkenis, in beide gevallen is bijvoorbeeld het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst ver-

¹²⁹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22467, nr. 5, p. 28.

¹³⁰ HR 25 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:981, *BNB* 2014, 160 m.nt. D.B. Bijl (Centrale Dienst en leerstuk kosten voor gemene rekening). A-G Hilten was kritischer over het oordeel en de strikte afwegingen van het Gerechtshof en zag meer ruimte. Conclusie Advocaat-Generaal Hilten, 17 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:768.

¹³¹ Gerechtshof's-Hertogenbosch 20 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:982 (Steunpunt autisme en van btw-vrijgestelde dienst), r.o. 4.9.4.

¹³² Stb. 2005, 512 (Wet ruimte voor samenwerking onderwijsinstellingen; dossier 30068). Wigger wees er in 2010 op dat bij deze wettelijke geregelde vorm van samenwerking sprake is van meerdere complexiteiten op het terrein van medezeggenschap, arbeidsvoorwaarden en bestuurlijke verantwoordelijkheid. Wigger 2010, p. 55-86.

plicht, richt ik mij hierna vooral op de algemene wettelijke faciliteit van artikel 25a Wvo en 2.6aa Web.¹³³

De symbioseregeling is een wettelijke regeling die samenwerking tussen onderwijsorganisaties uit verschillende sectoren bij het verzorgen van onderwijs heel expliciet faciliteert. De achtergrond van de symbioseregeling is terug te voeren op de wens om voor leerlingen met bijzondere kenmerken een op hen toegespitst onderwijsaanbod te ontwikkelen uitgaande van een combinatie van voortgezet onderwijs en mbo-onderwijs of volwassenen-educatie. Het doel van de wettelijke faciliteit is om het mogelijk te maken aan leerlingen onder de 18 jaar om al eerder onderwijs te volgen in het mbo zodat zij niet voortijdig de school zouden verlaten. De gedachte ging in 2005 uit naar risicoleerlingen, tweede weg deelnemers en leerlingen met extra kansen.¹³⁴

De symbioseregeling kent echter een ruimer toepassingsbereik. Ze kan bijvoorbeeld ook worden gehanteerd als het de wens is onderwijsvoorzieningen doelmatiger te gebruiken (artikel 25a lid 2 onder c Wvo). De symbioseregeling moet bekostigingstechnische barrières bij samenwerking wegnemen “zodat veel ruimere mogelijkheden ontstaan om gebouwen en voorzieningen optimaal te gebruiken, te zorgen voor een goede bereikbaarheid voor groepen leerlingen en om deskundigheid van personeel optimaal in te zetten”.¹³⁵ Bij de invoering werd ook beoogd ruimte te scheppen voor meer maatwerk.¹³⁶

Na de inwerkingtreding lijkt van de faciliteit vooral gebruik te zijn gemaakt bij technische opleidingen en het zogeheten VM2-onderwijs.¹³⁷ Ook bij de diverse vakcolleges en de vakmanschaproutes wordt soms gebruikgemaakt van deze wettelijke faciliteit, al dan niet in combinatie met het Experimenteerbesluit VM2.¹³⁸ Voorwaarde voor gebruikmaking van de wettelijke faciliteit en het Experimenteerbesluit VM2 is dat tussen de onderwijsorganisatie die de vo-school in stand houdt en de onderwijsorganisatie voor het mbo-instelling een samenwerkingsovereenkomst wordt overeengekomen.¹³⁹ Het aangaan van samenwerkingsovereenkomst vo-bve is geen wettelijke verplichting voor samenwerking,

133 De randvoorwaarden bij artikel 10b Wvo zijn verder uitgewerkt in het Experimenteerbesluit VM2 (Stb. 2012, 460 en Stb. 2014, 142).

134 *Kamerstukken II* 2004/05 30068, nr. 3, p. 2-3.

135 *Kamerstukken II* 2004/05, 30068, nr. 3, p. 7.

136 *Kamerstukken II* 2004/05, 30068, nr. 5, p. 1-2.

137 Zie ook Tijdelijke regeling subsidiëring experimenten leergang vmbo-mbo2 2008–2013 (Stcrt. 2008/236, 4 december 2008), Experimenteerbesluit VM2 (Stb. 2012, 460 en Stb. 2014, 142) en Onderwijsraad 2009d.

138 *Kamerstukken II* 2013/14, 31524, nr. 207, p. 11. Zie voor een overzicht ook www.vakcollegegroep.nl.

139 De formulering van de wettelijke regeling is schatplichtig aan artikel 12 Onderwijskundig besluit dat een vergelijkbare symbiose mogelijk maakt tussen het voortgezet onderwijs en het speciaal onderwijs.

maar wel noodzakelijk als leerlingen van de ene onderwijsinstelling examen doen bij de andere onderwijsinstelling.

7.4.5 Samenwerkingsinstituut

A. Gemeenschappelijke regeling hoger onderwijs

De gemeenschappelijke regeling hoger onderwijs als bedoeld in artikel 8.1 Whw is een derde wettelijke faciliteit. Met behulp van de gemeenschappelijke regeling kunnen onderwijsorganisaties voor hoger onderwijs een ‘samenwerkingsinstituut’ instellen dat ondersteunende werkzaamheden verricht, opleidingen aanbieden en/of van waaruit onderzoeksactiviteiten plaatsvinden. De gemeenschappelijke regeling wordt blijkens de wettekst gesloten tussen de instellingsbesturen¹⁴⁰ en de regeling moet bepalingen omvatten betreffende de inrichting en het bestuur van het samenwerkingsinstituut het verstrekken van inlichtingen aan de deelnemende instellingsbesturen van de deelnemende instellingen.¹⁴¹

Artikel 8.1 Whw vormt de wettelijke grondslag voor de vorming van onder meer de AVAG (Stichting Academie Verloskunde Amsterdam Groningen; bestuurd door Inholland en de VU) en de ACTA (Academisch Centrum Tandheelkunde Amsterdam; bestuurd door UvA en VU). Ook veel instellingsoverstijgende onderzoeksscholen, zoals de diverse 3TU.Centres, maken gebruik van deze wettelijke faciliteit.

De rechtsvorm van het samenwerkingsinstituut is niet voorgeschreven. Een samenwerkingsinstituut kan een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn, alsdan gaat de vergelijking op met het openbaar lichaam als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, maar ook de variant van de privaatrechtelijke rechtspersoon behoort tot de mogelijkheden.¹⁴² In een brief uit 2014 noemt de minister van OCW voornoemde Stichting AVAG als een

140 Bedoeld zal zijn de rechtspersonen als partij en de instellingsbesturen als vertegenwoordiger van die rechtspersonen. Alleen als aan (het bestuur van) het samenwerkingsinstituut ook publiekrechtelijke bevoegdheden van het instellingsbestuur als bevoegd gezag worden opgedragen, is formele betrokkenheid van de instellingsbesturen noodzakelijk om te bereiken dat die taken en bevoegdheden ook worden gemandateerd.

141 De vergelijking kan worden gemaakt met het bestuursreglement van de openbare universiteiten, de statuten van de bijzondere universiteiten en de hogescholen en de faculteitsreglementen.

142 Het concept-artikel 4.18 WHOO sprak dan ook over het “oprichten van een samenwerkingsinstituut”. Dit artikel is niet in werking getreden maar bevestigt de suggestie dat een samenwerkingsinstituut een private rechtsvorm kan hebben. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30588 nr. 2. Het sluit ook aan bij het uitgangspunt dat bijzondere universiteiten en hogescholen in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen. Het zou bevreemden als die de bevoegdheid zouden hebben om publiekrechtelijke rechtspersonen op te richten (vgl. artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek). Overigens geldt dat op het moment dat een samenwerkingsinstituut bij de regeling geen rechtspersoonlijkheid heeft gekregen, de kans bestaat dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een vennootschap onder firma. Immers, alsdan is sprake van een samenwerking “in bedrijf”.

van de voorbeelden voor de vormgeving van vergelijkbare samenwerkingsverbanden in het middelbaar beroepsonderwijs.¹⁴³

De gemeenschappelijke regeling biedt de mogelijkheid om bevoegdheden op te dragen aan de (organen van) de onderwijsorganisatie waarmee wordt samengewerkt en aan organen van het samenwerkingsinstituut. Gelet op het gegeven dat de werkzaamheden van samenwerkingsinstituten worden bekostigd met publieke middelen, zeker op het moment dat er sprake is van het verzorgen van onderwijs, lijkt het sterk dat sprake is van een mogelijkheid tot delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden. De wetsgeschiedenis maakt dit niet inzichtelijk en een mandaat ligt meer voor de hand. Immers, de deelnemende instellingsbesturen blijven als bevoegd gezag altijd eindverantwoordelijk voor de kwaliteitszorg en de financiële rechtmatigheid.¹⁴⁴

De wettelijke faciliteit is ingevoegd bij de inwerkingtreding van de Whw in 1992 en was deels een codificatie van de gegroeide praktijk. De Commissie voor Wetgevingstrajecten meende dat het niet wenselijk was de diverse samenwerkingsconstructies geheel uit te werken en pleitte voor een wettelijke faciliteit om zo nodig af te kunnen wijken van de wettelijke bepalingen betreffende de bestuursstructuur. De gemeenschappelijke regeling vormde daarvan de uitwerking.¹⁴⁵ De vorming van samenwerkingsinstituten moest ook ruimte bieden om materieel te bereiken “wat sommigen als voordeel van institutionele fusie w.o./h.b.o. beschouwen zonder de gevaren van identiteitsverlies die fusiemogelijkheden op dit moment met zich brengen”.¹⁴⁶

B. Bruikbaarheid faciliteit voor andere onderwijssectoren

De gemeenschappelijke regeling uit de Whw heeft vooralsnog geen navolging gekregen in andere onderwijssectoren. Wel was in 2005 in het wetsvoorstel Wet Hoger Onderwijs en onderzoek (WHOO) een artikel opgenomen die het mogelijk moest maken dat ook onderwijsorganisaties voor middelbaar beroepsonderwijs samen met hoger onderwijsorganisaties een samenwerkingsinstituut konden oprichten.¹⁴⁷ Het doel van deze extra faciliteit was vooral het bevorderen van de doorstroom van het mbo naar het hbo.¹⁴⁸ Nadat het wetsvoorstel WHOO werd ingetrokken is het bewuste artikel niet overgenomen in latere wetsvoorstellen.

143 *Kamerstukken II* 2014/15, 31 524, nr. 219, p. 3.

144 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 31.

145 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3.

146 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 39.

147 Concept-artikel 4.18 lid 2 WHOO (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 588, nr. 2).

148 *Kamerstukken II* 2005/06, 30588, nr. 3, p. 74 en p. 205.

Ook is de introductie van de zogeheten mbo-samenwerkingsschool of mbo-samenwerkingscollege aangekondigd in de Nota toekomstgericht middelbaar beroepsonderwijs.¹⁴⁹ De minister van OCW constateerde in 2014 dat onderwijsorganisaties het belang van samenwerking voor zo goed mogelijk beroepsonderwijs onderschreven en dat vrijwel alle onderwijsorganisaties op de één of andere manier hun aanbod met elkaar afstemden maar daarbij ook op juridische grenzen stuiten.¹⁵⁰ Het is de bedoeling dat de Web zodanig wordt aangepast dat deze een bestuurlijk model voor de mbo-samenwerkingscollege bevat. Het onderliggende bestuurlijk model gaat uit van twee of meer samenwerkende onderwijsorganisatie in het mbo die gezamenlijk een ‘mbo-college’ in stand houden.¹⁵¹ De minister van OCW gaf destijds aan dat daarbij wordt gekeken naar de vorming van een samenwerkingsinstituut vergelijkbaar met die in het hoger onderwijs.¹⁵² Het idee is dat een mbo-samenwerkingscollege gericht is op (a) een specifiek deel van het opleidingsaanbod, dat (b) de samenwerkende mbo-instellingen eindverantwoordelijk blijven voor de kwaliteit, de financiële instandhouding en het bestuur, maar dat (c) het mbo-samenwerkingscollege wel een geheel eigen karakter en samenstelling kan krijgen.

7.5 ONDERWIJSRECHTELIJKE RANDVOORWAARDEN BIJ SAMENWERKING

7.5.1 *Inleiding*

In de voorgaande paragrafen is beschreven dat er voor bestuurders van onderwijsorganisaties diverse samenwerkingsverplichtingen bestaan en dat de onderwijswet- en regelgeving enkele wettelijke faciliteiten voor samenwerking bevat. Naast de beschreven voorwaarden verband houdende met een samenwerkingsverplichting, geldt dat het overigens een zoektocht is naar de in acht te nemen juridische randvoorwaarden. Die zoektocht om op basis van de concrete omstandigheden de meest optimale vorm van samenwerking in te richten, geeft veel vrijheid. Die vrijheid is bovendien extra geborgd doordat onderwijsorganisaties, net als burgers en andere rechtspersonen, de grondwettelijke vrijheid hebben om zich te verenigen en te vergaderen. Toch zijn er ook enkele bij of krachtens de wet geldende onderwijsrechtelijke randvoorwaarden voor samenwerkingen aan te wijzen. In de volgende twee paragrafen worden de relevante bekostigingsvoorwaarden en de fusietoets onderwijs besproken.

149 *Kamerstukken II* 2013/14, 31524, nr. 207, p. 23 en *Kamerstukken II* 2015/16, 31524, nr. 256.

150 *Kamerstukken II* 2013/14, 31524, nr. 207, p. 9 en MBO15 2014. Die juridische grenzen betreffen onder meer de arbeidsvoorwaarden, de overheveling van bekostiging, de telling van de onderwijsopbrengsten en de onderlinge risico-verdelingen.

151 *Kamerstukken II* 2013/14, 31524, nr. 207, p. 19.

152 *Kamerstukken II* 2014/15, 31524, nr. 219, p. 2-3.

7.5.2 *Bekostigingsvoorwaarden bij samenwerkingen*

Onderwijsorganisaties hebben de algemene verplichting de bekostiging (1) rechtmatig te verkrijgen en die bekostiging vervolgens (2) rechtmatig en (3) doelmatig te besteden. Deze drie hoofdregels volgen uit artikel 148 Wpo, artikel 99 Wvo, artikel 2.5.3 Web en – impliciet – uit artikel 2.9 Whw. Zij zijn een voorwaarde voor bekostiging en maken onderdeel uit van de zorgplicht financieel beheer. In hoofdstuk 4 is aan deze hoofdregels ook aandacht besteed.

De drie hoofdregels van bekostiging gelden ook als er wordt samengewerkt. Bij elke samenwerking wordt er immers bekostiging ingezet. Dat kan in natura zijn door de inzet van tijd, personeel en kennis, maar kan ook de vorm krijgen van betalingen over en weer, verrekeningen en rekening-courantverhoudingen. Het bestaan van dergelijke geldstromen zijn gewoon en ook niet bij voorbaat onrechtmatig.

Een tweetal voorbeelden maakt dit duidelijk.

Een onderwijsorganisatie verzorgt onderwijs. Om dat te kunnen doen moet zij beschikken over lesmateriaal, boeken en computers. Hiervoor kan de onderwijsorganisatie samenwerken met de leverancier van die middelen waarna de onderwijsorganisatie overgaat tot de inkoop van middelen. Of de onderwijsorganisatie kan behoefte hebben aan ondersteuning door derden bij het opstellen van het eigen onderwijsprogramma of het stelsel van kwaliteitszorg. In beide situaties is sprake van samenwerking maar zal niemand twifelen aan de mogelijkheid om een deel van de verkregen publieke bekostiging over te dragen aan een ander.

Om onderwijs te kunnen geven is het noodzakelijk om te beschikken over ICT. Onderwijsorganisaties kunnen dit individueel inkopen bij een ICT-dienstverlener, maar deze dienstverlening ook gezamenlijk organiseren. De coöperatieve vereniging SURF is hiervan een voorbeeld. SURF is een shared service organisatie voor ICT dat universiteiten, hogescholen en diverse roc's als leden kent. Ook bij deze samenwerking dragen onderwijsorganisaties een deel van hun bekostiging over aan SURF als samenwerkingspartner.

De complexiteit van de drie hoofdregels (rechtmatigheid besteding, rechtmatigheid verkrijging en doelmatigheid besteding) is dat bij samenwerking de individuele prestatie van de onderwijsorganisatie minder aanwijsbaar is. Bij samenwerkingen wordt immers soms een deel van de prestatie waarvoor bekostiging wordt verkregen, door een ander verricht.

Rechtmatige verkrijging bekostiging (hoofdregeel 1)

De hoofdregel dat de bekostiging rechtmatig moet worden verkregen leidt juist bij samenwerking tot vragen. Het is namelijk niet altijd volstrekt duidelijk wie nu precies welke (onderwijs)prestatie verzorgt en wie dus aanspraak kan maken op de bekostiging.

Zo oordeelde de minister van OCW bij enkele samenwerkingen tussen vo-scholen en roc's voor onderwijs aan alleenstaande minderjarige asielzoekers in de jaren 2001-2005 dat sprake was van een onrechtmatige verkrijging van bekostiging.¹⁵³ De betreffende leerlingen ontvingen in de praktijk vrijwel al het onderwijs bij roc's (die voor hen speciale klassen hadden ingericht) maar waren ingeschreven bij de vo-scholen omdat het doel was het uiteindelijk behalen van een vo-diploma. Dat leidde volgens de minister van OCW tot een onrechtmatig bekostigingsoordeel. Een vergelijkbare discussie speelde bij een tweetal gerechtelijke uitspraken uit 2014¹⁵⁴ en een vijftal terugvorderingen in de periode 2010-2013 over samenwerking met het speciaal onderwijs.¹⁵⁵ Ook in die zaken kwam het tot bekostigingssancties. Uit de meeste van de onderliggende onderzoeksrapporten kan echter worden opgemaakt dat er sprake was van regionaal draagvlak, dat er veel partijen en lokale overheden bij betrokken waren en dat de afspraken met regelmaat een antwoord vormden op ervaren maatschappelijke problemen als schooluitval en thuiszitters.

Al deze voorbeelden hebben gemeen dat sprake lijkt te zijn van de toets of de samenwerking heeft geleid tot een onrechtmatige of ondoelmatige maximalisatie van de bekostiging. Is dat het geval dan bestaat de kans dat achteraf de aanspraak op bekostiging wordt gewijzigd en dat wordt overgegaan tot terugvordering van het meerdere (de maximalisatie). De uitspraken en terugvorderingen bevestigen dit beeld. De omvang van de bekostigingssanctie werd steeds beperkt tot het verschil tussen hetgeen waarop zonder de samenwerking recht zou hebben bestaan en de oorspronkelijk ontvangen bekostiging.

153 ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2513 (OCW/ VO Zeeuws Vlaanderen); ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2514 (OCW/NUOVO); ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2519 (Grotius College/OCW); ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2520 (VO Vlaardingse/ OCW) en ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2523 (Openbaar Onderwijs Dordrecht/OCW).

154 Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2014, BRE 12/4503 WET (Biezonderwijs/OCW; niet gepubliceerd) en ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173 (OCW/Aloysius; bekostiging De Korenaer).

155 Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen onderzoek naar de onderwijssituatie van het Hoenderloo College (02EY) in relatie tot de bekostiging*, Utrecht, juni 2013; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de samenwerking van de katholieke en openbare scholen voor praktijkonderwijs te Heerlen*, Utrecht, 21 december 2012; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar onderdelen van de bekostiging van LSG-RENTRAY (02PQ)*, Utrecht, juli 2013; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport Incidenteel Onderzoek. Leerkrachten speciaal basisonderwijs de meander (20bx) verzorgen onderwijs op medisch kinderdagcentrum via plaatsbekostiging*, Utrecht, november 2010; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een incidenteel onderzoek naar specifieke onderdelen van de bekostiging van Stichting Kentalis Onderwijs betreffende de Brinnummers14QX en 24FD*, Utrecht, juli 2010.

Rechtmatige besteding bekostiging (hoofdregel 2)

Uit de jurisprudentie en de beschikbare onderzoeksrapporten blijkt niet van veel geschillen tussen onderwijsorganisaties en de overheid over de vraag of bij samenwerkingen de publieke middelen wel rechtmatig zijn besteed. Toch is ook deze tweede hoofdregel van belang bij samenwerkingen. De crux zit hem in het uitgangspunt dat publieke bekostiging niet mag ‘weglekken’. De onderwijswetgever lijkt te veronderstellen dat bij samenwerkingen er een onderwijsrechtelijke titel nodig is voor het kunnen overdragen van bekostiging aan de samenwerkingspartner. Zo bepaalt artikel 99 lid 8 Wvo dat als een samenwerkingsovereenkomst is gesloten als bedoeld in artikel 25a Wvo, kan worden overeengekomen “om vanwege de samenwerking een deel van de bekostiging over te dragen aan het andere bevoegd gezag”. Die toevoeging bevreemdt omdat bij elke samenwerking sprake is van een inzet van publieke middelen en geldstromen over en weer. Dat geldt ook voor de uitbesteding van onderwijs, de inhuur van tijdelijke docenten of de inkoop van leermiddelen. Ook in die gevallen is sprake van een overdracht van publieke bekostiging in de vorm van een betaling. Artikel 99 lid 8 Wvo wekt onnodig de suggestie dat in alle andere gevallen van samenwerking tussen onderwijsorganisaties het niet mogelijk zou zijn bekostiging over te dragen.

Doelmatige besteding bekostiging (hoofdregel 3)

De derde hoofdregel ziet op de doelmatigheid van de bestede bekostiging. Wanneer een besteding doelmatig is, is vooraf niet met zekerheid vast te stellen. Zie ook par. 4.4.3.B. Wel bieden het OCW Controleprotocol en de daarin opgenomen verwijzingen naar de Notities Helderheid en de Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen (hierna: **Handreiking**) meerdere indicaties voor die doelmatigheid.¹⁵⁶ Deze notities zijn niet van toepassing verklaard op onderwijsorganisaties voor primair en voortgezet onderwijs, maar kunnen de uitleg van het begrip doelmatigheid wel inkleuren. Lezing van deze notities leert dat bij samenwerking in elk geval sprake is van drie nadere indicaties voor doelmatigheid:

- a. de onderwijsorganisatie verzorgt zelf de kern van het onderwijscurriculum;
- b. het doel van de samenwerking is in het belang van het bekostigd onderwijs;
- c. de samenwerking is proportioneel.

¹⁵⁶ Het betreft de volgende brochures: Ministerie van OCW, *Notitie Helderheid in de bekostiging van het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie*, Den Haag, september 2004; Ministerie van OCW, *Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs*, Den Haag, 29 augustus 2013; Ministerie van OCW, *Aanvulling op de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs'*, Den Haag, 27 augustus 2004; Inspectie van het Onderwijs, *Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen*, Den Haag, 1 februari 2011.

Allereerst wordt sinds 2007 van onderwijsorganisatie die bekostiging ontvangen verwacht dat zij bij samenwerking met een ander wel “altijd de kern van het onderwijscurriculum zelf (...) verzorgen”.¹⁵⁷ Wat hieronder exact moet worden verstaan is niet op voorhand te zeggen.¹⁵⁸ Aangenomen mag worden dat de onderwijsorganisatie die de bekostiging ontvangt, en waar dus de leerling staat ingeschreven, in elk geval de eindverantwoordelijkheid moet kunnen dragen voor de kwaliteit van het onderwijs en gedurende het onderwijs in staat is ook bij te sturen op het onderwijs aan de individuele leerling/student.

Het doel van de samenwerking wordt soms ook getoetst door de overheid. Alleen dan kan immers worden gezien of de samenwerking in het belang is van het onderwijs dat publiek wordt bekostigd. Dit volgt uit nadere lezing van de Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen en de diverse Notities Helderheid.¹⁵⁹ Een besteding van publieke bekostiging aan anderen is mogelijk, mits de samenwerking en/of de private activiteit:

- i. in lijn ligt met de werkzaamheden waarvoor rijksbijdrage wordt ontvangen;
- ii. aansluit op de vastgestelde onderwijscurricula en onderzoekslijnen;
- iii. bijdraagt aan kennisoverdracht aan de maatschappij, dan wel aan de kwaliteit, de doelmatigheid of de toegankelijkheid van het onderwijs (meerwaarde); en
- iv. de besteding van de bekostiging, in redelijke verhouding staat tot het te bereiken onderwijskundige doel (proportionaliteit);
- v. is ingebed in een professioneel en zorgvuldig financieel risicobeheer.

De samenwerking moet tot slot ook proportioneel zijn. De in de Handreiking beschreven handvatten geven aanleiding voor de opmerking dat bij samenwerkingen verlangd wordt dat sprake is van een “redelijke verhouding” van de besteding van de bekostiging tot het te bereiken onderwijskundige doel. Wat een redelijke verhouding is, is uiteraard altijd voor discussie vatbaar maar de Inspectie van het Onderwijs lijkt met de opneming van deze nadere norm een proportionaliteitstoets te hanteren. Om vast te stellen of sprake is van proportionaliteit, beoordeelt de Inspectie van het Onderwijs de vraag of de “publieke

157 *Kamerstukken II* 2006/07, 27451, nr. 66, p. 3 (Brief 28 maart 2007 inzake aanvulling eis bij thema uitbesteding van verzorgen “kern van het onderwijscurriculum” door het mbo).

158 *Kamerstukken II* 2006/07, 27451, nr. 75, p. 11.

159 Onder een publiek-private activiteit wordt in de Handreiking verstaan een activiteit: “waarbij een instelling om onderwijskundige redenen direct of indirect betrokken is bij de uitoefening van een economische activiteit, bijvoorbeeld teneinde studenten in het kader van een bekostigde opleiding praktijkervaring te laten opdoen of werkzaam te laten zijn in een contextrijke leeromgeving. Hierbij kan het gaan om onderwijsactiviteiten in een door de onderwijsinstelling opgerichte onderneming of in een consortium van meerdere publieke en private partijen. Ook kan het gaan om onderwijsactiviteiten in een door derden opgerichte onderneming waar onderwijsinstellingen in staat zijn het beleid (mede) te bepalen. Kenmerkend voor publiek-private activiteiten is dat de onderwijskundige activiteit plaatsvindt in een omgeving waarin ook een economische activiteit plaats vindt”. Zie Inspectie van het Onderwijs 2011, p. 1.

middelen die de instelling investeert (...) in redelijke verhouding [staan, MN] tot het aantal bekostigde studenten”.¹⁶⁰ De Inspectie van het Onderwijs beoordeelt ook of sprake is van “een (middel)lange termijn planning waarbij alle relevante factoren zijn beschreven die de hoogte van de investering verklaren en rechtvaardigen, kan worden aangetoond dat ook op termijn de verhouding tussen de investering en het aantal studenten aanvaardbaar blijft”.¹⁶¹

Deze door bestuurders te verrichten ‘proportionaliteitstoets’ vergt zowel vooraf als achteraf een beoordeling van het rendement, de efficiëntie en daarmee van de effectiviteit van de samenwerking. Het geven van een antwoord op de vraag of iets effectief is, is echter niet eenvoudig. De proportionaliteits- en effectiviteitstoets vergroot dan ook de rechtsonzekerheid bij het aangaan van samenwerkingen. Vooraf zullen zij immers niet altijd met zekerheid vaststaan.

7.5.3 *Fusietoets onderwijs*

Bij een samenwerking tussen autonome onderwijsorganisaties is geen sprake van een fusie. Het aangaan van een bestuurlijke, nevengeschikte samenwerking kan wel een lichter alternatief zijn ten opzichte van een fusie en is in beginsel eenvoudiger te beëindigen. De fusietoets in het onderwijs is in 2011 in werking getreden en moest de ‘menselijke maat’ in het onderwijs borgen.¹⁶² Zij is opgenomen in de diverse sectorwetten (artikel 66a Wpo, artikel 53e Wvo, artikel 2.1.9 Web en artikel 16.16a Whw) en uitgewerkt in de Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs (hierna: **Regeling fusietoets**).¹⁶³

De onderwijswetgever onderscheidt twee soorten fusies: (a) de institutionele fusie zijnde een fusie waarbij twee of meer instellingen samengevoegd worden (samenvoeging) en (b) de bestuurlijke fusie waarbij een onderwijsorganisatie onderwijsinstelling overdraagt aan een andere rechtspersoon die al onderwijsorganisatie is of als zodanig zal gaan kwalificeren (bestuursoverdracht).¹⁶⁴ Een samenvoeging van twee of meer onderwijsinstellingen vindt plaats binnen een onderwijsorganisatie. Een bestuursoverdracht vergt een overdracht van activa-passiva en die overdracht moet worden vastgelegd in een notariële akte.

¹⁶⁰ Inspectie van het Onderwijs 2011, p. 6.

¹⁶¹ Inspectie van het Onderwijs 2011, p. 6.

¹⁶² Stb. 2011, nr. 95 (Wet fusietoets onderwijs; dossier 32040).

¹⁶³ Stcrt. 2014, 25350, Stcrt. 2013, 11143 en Stcrt. 2011, 13592.

¹⁶⁴ Opmerkelijk genoeg geldt voor hogescholen dat het alleen mogelijk is om een hogeschool bestuurlijk over te dragen aan een rechtspersoon die al een hogeschool in stand houdt (zie artikel 16.16 lid 1 Whw). Dit maakt dat voor een bestuursoverdracht van een hogeschool aan een rechtspersoon die nog geen hogeschool in stand houdt een andere route nodig is. Die route is niet wettelijk beschreven.

De keuze voor het aangaan van een bestuurlijke of juridische fusie is een vrije keuze van de betrokken onderwijsorganisaties. Er geldt geen wettelijke verplichting om te fuseren. Wel komt het incidenteel voor dat de Inspectie van het Onderwijs onderwijsorganisaties nadrukkelijk adviseert om bestuurlijk te fuseren.¹⁶⁵

Behoud variatie als kwalitatief criterium

Het wettelijk uitgangspunt is dat voor elke samenvoeging en elke bestuursoverdracht de goedkeuring van de minister van OCW is vereist, de instemming van de betrokken medezeggenschapsraden en – voor zover het betreft het primair en voortgezet onderwijs – een positief advies van de betrokken gemeenten. De toets van de minister van OCW voorafgaand aan de goedkeuring is de volgende.

“Onze minister kan goedkeuring onthouden indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, in het bijzonder ten aanzien van de evenwichtige spreiding van de onderwijsvoorzieningen binnen het voedingsgebied, op significante wijze wordt belemmerd” (artikel 66 c lid 1 Wpo en artikel 53g lid 1 Wvo).¹⁶⁶

Het toetsingscriterium is kwalitatief van aard en kan niet zonder meer door middel van nadere regelgeving kwantitatief worden ingevuld.¹⁶⁷ Het toetsingscriterium dat de minister van OCW hanteert is dan ook een open norm en vergt interpretatie. Die interpretatie bestaat uit kwalitatieve beoordelingen, maatwerk en een afweging van de verschillende lokale omstandigheden. De uitkomst van de toets is daarmee ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Die toets volgt wel op het advies van de Commissie Fusietoets Onderwijs (CFTO). De CFTO heeft blijkens het Instellingsbesluit Adviescommissie fusietoets in het onderwijs tot taak om op grond van artikel 64c lid 3 Wpo, artikel 53h lid 4 Wvo, artikel 2.1.11 lid 2 Web voorgenomen fusies te beoordelen met inachtneming van

165 Dit valt af te leiden uit CFTO 2015, p. 48. De onderliggende adviezen van de Inspectie van het Onderwijs zelf zijn niet goed terug te vinden.

166 De formulering voor het middelbaar beroepsonderwijs wijkt hier iets van af: “Onze minister kan de goedkeuring onthouden indien als gevolg van de fusie de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, in het opzicht van de diversiteit van onderwijsaanbieders in het middelbaar beroepsonderwijs, gelet op het geheel van de voorzieningen op het gebied van het onderwijs op significante wijze wordt belemmerd” (artikel 2.1.11 lid 1 Web). In de Whw is opmerkelijk genoeg in het geheel geen criterium opgenomen en openbare universiteiten moeten voor een fusie toestemming aan de wetgever vragen in plaats van aan de minister van OCW.

167 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:365 (OCW/Twine en Dongeradeel). Zie over de verbindendheid van de Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs ook Rb. Noord-Nederland 15 april 2014, AWB/LEE/13/1777 (Twine en Dongeradeel/OCW).

de beleidsregels fusietoets in het onderwijs en daarover advies uit te brengen aan de minister van OCW.¹⁶⁸

De advisering door de CFTO en de besluitvorming van de minister van OCW is niet zonder kritiek.¹⁶⁹ Dit wordt mede veroorzaakt doordat in de Regeling fusietoets is getracht het in de wetgeving gehanteerde kwalitatieve criterium te vatten in kwantitatieve normen. Zo geldt voor bestuurlijke fusies dat de verkrijgende onderwijsorganisatie niet een marktpositie kan hebben van (a) meer dan 50% van het totale onderwijsaanbod in de gemeente of gemeenten waarin de rechtspersoon scholen in stand houdt of (b) een marktpositie van meer dan 35% in een van de gemeenten die zijn aangemerkt als (zeer) sterk stedelijk. In het voortgezet onderwijs wordt bij bestuurlijke fusies beoordeeld of er na de fusie per schoolsoort minder dan twee rechtspersonen overblijven van verschillende richting of pedagogisch-didactische aanpak en of de verkrijgende rechtspersoon een marktpositie heeft van meer dan 50% van het aantal leerlingen. Voor het middelbaar beroepsonderwijs geldt zelfs dat elke bestuurlijke fusie met twee of meer onderwijsinstellingen als een significante belemmering wordt aangemerkt.¹⁷⁰

Als een van deze situaties zich voordoet dan moet er een aannemelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig zijn voor het aangaan van de fusie. In die gevallen is het als gevolg “nee, tenzij”. De bewijslast voor de aanwezigheid van de aannemelijke rechtvaardigingsgrond ligt bij de onderwijsorganisaties. De Regeling fusietoets noemt zelf drie mogelijke situaties: (i) gevaar continuïteit of variatie van het onderwijsaanbod, (ii) borging kwaliteit van het onderwijs kan in redelijkheid niet geborgd worden en (iii) binnen beschikbare financiële middelen geen alternatieve mogelijkheden.

Barkhuysen en Claessens merkten op dat de open norm en de aannemelijke rechtvaardigingsgrond nopen tot veel maatwerk en dat dit de minister van OCW veel beoordelings- en beleidsvrijheid geeft.¹⁷¹ Het bestuursrechtelijke gevolg daarvan is volgens hen dat de bestuursrechter niet-verleende goedkeuringen nog slechts marginaal kan toetsen op de vraag of de minister van OCW “in redelijkheid” tot de afwijzing heeft kunnen komen. De bestuursrechter heeft daardoor weinig handvatten om nog in de besluitvorming van de minister van OCW te treden. Dat wil echter niet zeggen dat de bestuursrechter in individuele gevallen toch niet soms activistisch toetst.¹⁷² Wintgens merkte naar aanleiding van

168 Artikel 2 Instellingsbesluit Adviescommissie fusietoets (Stcrt. 2014, 25350 en Stcrt. 2013, 11141).

169 Barkhuysen & Claessens 2013.

170 Stcrt. 2011, 13592, p. 24 (Regeling en beleidsregels fusietoets in het onderwijs).

171 Barkhuysen & Claessens 2013c, p. 5.

172 Zie ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:365 (OCW/Twine en Dongeradeel) en Rb. Noord-Nederland 15 april 2014, AWB/LEE/13/1777 (Twine en Dongeradeel/OCW) waarin de fusie toch werd toegestaan. Eerder liet de bestuursrechter een besluit van de minister van OCW inhoudende afwijzing van

de opmerkingen van Barkhuysen en Claessens op dat er “voorzichtig moet worden omgesprongen met het aanpassen of nader inkaderen van de norm van de keuzevrijheid en de beleidsregels”.¹⁷³ Zij ziet de ruimte voor maatwerk juist als een voordeel en verdere inkadering maakt de drempel voor afwijkingen volgens haar alleen maar groter.

Nadelig effect van de open norm en de geboden afwijkingsmogelijkheid is dat de uitkomst van goedkeuringsverzoeken onvoorspelbaarder is. Zowel Barkhuysen en Claessens als Wintgens pleitten voor een zogeheten voortoets.¹⁷⁴ De CFTO wees dit pleidooi in 2012 in haar tussentijdse evaluatie echter af omdat volgens haar de wetgever er bewust voor heeft gekozen om het advies van de Commissie te vragen op het moment dat alle interne besluitvormingsprocessen tot een goed einde zijn gebracht.¹⁷⁵ Wintgens merkt echter – mijns inziens terecht – op dat een voortoets de kosten voorafgaand aan de fusie-aanvraag kan beperken. Het bereiken van draagvlak kost minder tijd, energie en kosten als voorafgaand bij individuele aanvragen een betere inschatting mogelijk is van de kans op goedkeuring. Een dergelijk doelmatigheidsstreven is een voldoende gerechtvaardigd belang om de mogelijkheid van een voortoets in te bedden in de procedure.¹⁷⁶ Ook in acute gevallen ligt het voor de hand dat er een voortoets mogelijk is. Is die negatief dan kan hopelijk nog op tijd naar alternatieven worden gekeken.

Fusietoets en andere vormen van samenwerking

Veel onderwijsorganisaties geven de voorkeur aan andere vormen van samenwerking dan fusie. Zo wordt gebruik gemaakt van samenwerkingsovereenkomsten, bestuurlijke convenanten, regionale plannen, (gedeeltelijke) personele unies en wordt soms gebruikt maakt van gezamenlijk beheerde rechtspersonen die zich richten op de ondersteunende diensten. De motieven voor dergelijke samenwerkingsvormen zijn divers. In de praktijk blijkt dat veel onderwijsorganisaties soms wel nauw willen samenwerken, maar dat zij geen behoefte hebben aan de bij bestuurlijke fusies horende nadelen van extra schaalgrootte en financiële risico's. Afwegingen zijn onder meer de onnodige vermenging van financiële geldstromen en bijbehorende risico's, het extra kunnen borgen van lokale betrokkenheid of het beperken van een verlies van menselijke maat en keuzevrijheid. Al die afwegingen kunnen geheel

twee katholieke schoolbesturen in de gemeente Tilburg in stand. Door die fusie zou een onderwijsorganisatie met een marktaandeel van 45% in de betreffende regio ontstaan maar een marktaandeel van 69% voor wat betreft het katholiek primair onderwijs (Rb. Zuid-West Nederland, 9 juli 2012, Stichting Xpect Primair en SKOTZO/OCW; niet gepubliceerd).

173 Wintgens 2013, p. 16-17. Zie ook Barkhuysen & Claessens 2013b, p. 18-19.

174 Wintgens 2013, p. 16-17. Zie ook Barkhuysen & Claessens 2013b, p. 18-19.

175 CFTO 2012, p. 25.

176 Overigens staat het bestuurders natuurlijk altijd vrij om vooraf aan CFTO om overleg te vragen over de fusietoets-aanvraag. Voorts neemt de CFTO soms ook zelfs het initiatief; ook als er nog geen verzoek tot beoordeling ligt. Zie bijvoorbeeld de brief van CFTO aan Albada en Zadkine d.d. 19 maart 2013; in te zien via www.cfto.nl.

op zichzelf een voldoende legitimatie vormen om niet over te gaan tot een daadwerkelijke bestuurlijke of juridische fusie.

De fusietoets in het onderwijs richt zich niet op samenwerkingen tussen autonome onderwijsorganisaties. Zolang geen sprake is van een institutionele of bestuurlijke fusie, behoeft de minister van OCW aan die samenwerking geen goedkeuring te verlenen. Dit is ook expliciet bevestigd door de regering voorafgaand aan de invoering van de Wet fusietoets onderwijs.

“Bepaalde samenwerkingsvormen zoals de personele unie waarbij dezelfde personen deel uit maken van verschillende besturen vallen niet onder de werking van dit wetsvoorstel maar worden geadresseerd in de respectievelijke wetsvoorstellen omtrent goed bestuur. Reden om deze modaliteiten niet op te nemen in het onderhavige wetsvoorstel is dat samenwerkingsvormen als voornoemd (relatief eenvoudig) omkeerbaar zijn.”¹⁷⁷

De regering was in 2009 zelfs uitdrukkelijk voorstander van de keuze van onderwijsorganisaties voor alternatieve vormen van samenwerking omdat “«lichtere» vormen van samenwerking onder omstandigheden een gevoelde noodzaak tot fuseren kunnen mitigeren”.¹⁷⁸ Die lichtere vormen waren volgens de regering “in het algemeen geenszins laakbaar en soms zelfs een goed alternatief voor een fusie. Het maakt het bijvoorbeeld mogelijk om zelfstandigheid te combineren met de voordelen van samenwerking, zoals in de facilitaire sfeer”.¹⁷⁹ In 2012 overwoog de CFTO in haar tussentijdse evaluatie dat ook de vorming van personele unies aan haar ter advisering moest worden voorgelegd.¹⁸⁰ Het CFTO wilde over de wenselijkheid daarvan in individuele gevallen langs de criteria van de fusietoets aan de minister van OCW kunnen adviseren. De minister van OCW herkende een deel van de zorgen van het CFTO maar wees ook op de positieve waardering van alternatieve vormen van samenwerking als volwaardig alternatief voor een bestuurlijke fusie.¹⁸¹ Zij wees de toekenning van de door het CFTO verzochte extra bevoegdheid dan ook af, net als het verzoek van het CFTO om goedkeurende voorwaarden aan voorgenomen fusiebesluiten te kunnen stellen.¹⁸² Ondanks die afwijzingen en het gegeven dat op grond van artikel 2 Instellingsbesluit Adviescommissie fusietoets de taak van de CFTO slechts is het adviseren over voorgenomen fusies, blijkt de CFTO in specifieke gevallen die niet aan haar

177 *Kamerstukken II* 2008/09, 32040, nr. 3, p. 24.

178 *Kamerstukken II* 2009/10, 32040, nr. 6, p. 6.

179 *Kamerstukken II* 2009/10, 32040, nr. 6, p. 24.

180 CFTO 2012, p. 25.

181 Minister van OCW aan CFTO, *Reactie op tussentijdse evaluatie*, 28 juni 2013, p. 6.

182 Minister van OCW aan CFTO, *Reactie op tussentijdse evaluatie*, 28 juni 2013, p. 6.

worden voorgelegd toch enig onderzoek te doen naar andere vormen van samenwerking en daarover de Inspectie van het Onderwijs of de minister van OCW ook te adviseren.¹⁸³ De CFTO lijkt daarmee te treden buiten haar in het Instellingsbesluit Adviescommissie fusietoets in het onderwijs vermelde taak.

Het gegeven dat er geen goedkeuringsrecht is voor de minister van OCW bij het aangaan van samenwerkingen die geen fusie zijn wil niet zeggen dat er geen enkel bestuurlijk tegenwicht bestaat. In het primair en voortgezet onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs geldt dat de medezeggenschapsraad een advies mag uitbrengen over het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere onderwijsorganisatie (artikel 11 onder d Wms en artikel 8a.2.2 lid 4 onder a Web). Voorts dient bij eventuele wijzigingen van het managementstatuut of bestuursreglement die verband houden met dergelijke samenwerkingen de instemming te worden verkregen van de medezeggenschap (artikel 11 lid 1 onder d en artikel 12 lid 1 onder a Wms, artikel 9.33/20.10 lid 1 onder d Whw). Dat geldt ook voor de uitwerking van samenwerkingen in sociale plannen. Intern toezichthouders spelen op hun beurt uiteraard hun rol. Effect van dit bestuurlijk tegenwicht is dat bestuurders niet kunnen besluiten tot strategische samenwerkingen zonder bestuurlijk draagvlak bij medezeggenschap en betrokkenen. Zou de overheid (bestaande) samenwerkingen die geen fusie zijn extra aanvullend willen beoordelen, dan treedt zij daarmee dus niet alleen in de onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties maar ook in het eerder bereikte bestuurlijke en lokale draagvlak.

De overheid treedt in potentie al snel in de onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties bij de beoordeling van samenwerking tussen afzonderlijke onderwijsorganisaties. Dat is ook bevestigd door de regering, die in 2013 overwoog dat het stellen van voorwaarden of andere voorschriften aan samenwerkingen, afhankelijk van de aard daarvan, kan stuiten op juridische bezwaren in het licht van artikel 23 Grondwet.¹⁸⁴ Bij het door de overheid toetsen van samenwerkingen op vrijwillige basis tussen afzonderlijke onderwijsorganisaties komen ook andere juridische vragen op. Zo volgt uit de grondwettelijke vrijheid van vergadering en vereniging dat het moeilijk voorstelbaar is dat bestuurders van onderwijsorganisaties niet met elkaar zouden mogen vergaderen, geen overleg met elkaar zouden mogen hebben of anderszins hun besluitvorming niet op elkaar zouden mogen afstemmen. Bij aanvullende toetsing spelen tevens opportuniteit en proportionaliteit een rol. Een beoordeling van een samenwerking die geen bestuurlijke of juridische fusie is heeft al snel een zeer subjectief karakter. Het aantal bestaande samenwerkingen, het aantal vormen van samenwerking en de te onderscheiden motieven voor samenwerkingen zijn talrijk, divers

183 De CFTO geeft in meerdere gevallen 'signalen' af. Zie CFTO 2015, p. 53-54.

184 CFTO 2015, p. 3.

en omvangrijk. De juridische vorm van een samenwerking tussen afzonderlijke onderwijsorganisaties zegt weinig over het motief of het effect van die samenwerking. Dezelfde juridische samenwerkingsvorm kan als motief hebben het borgen van de instandhouding van een krimpende onderwijsinstelling maar ook het (later) verder verzelfstandigen van één of meer scholen. Een beoordeling door de overheid van (bestaande) samenwerkingen leidt daarom al snel tot het (achteraf) afwegen van op zichzelf gerechtvaardigde motieven en betrokken belangen. Daarmee treedt de overheid in de onderwijsrechtelijke autonomie en wordt voormelde opmerking dat bij fusies de bestuursrechter weinig handvatten heeft om in de besluitvorming van de minister van OCW te treden nog pregnanter. Dat zou niet alleen leiden tot extra onzekerheid bij het aangaan van nieuwe samenwerkingen maar ook tot onzekerheid voor bestaande samenwerkingen. Alleen al die potentiële onzekerheid botst met de gelijktijdige behoefte aan betere samenwerking, meer onderlinge solidariteit en het doelmatiger besteden van de publieke bekostiging. De toets bij het beoordelen van samenwerkingen zou mijns inziens vooral moeten zijn of de bekostiging rechtmatig en doelmatig wordt besteed en of er voor de samenwerking voldoende draagvlak bestaat bij medezeggenschap en overige direct betrokkenen. Dat zijn echter aspecten van beoordeling die al onderdeel uitmaken van de na te leven onderwijswet- en regelgeving.

7.6 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

7.6.1 *Inleiding*

Aan het begin van dit hoofdstuk is de vraag gesteld wat het verschijnsel van samenwerking en de ontwikkeling van dat verschijnsel betekenen voor de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs. Om die vraag te beantwoorden is in de vorige paragrafen ingegaan op het juridisch karakter van de verschillende samenwerkingsverplichtingen en zijn daarvan voorbeelden besproken, zijn de wettelijke faciliteiten aan bod gekomen en zijn de te betrachten onderwijsrechtelijke randvoorwaarden geduid. In deze paragraaf wordt ingegaan op de betekenis van samenwerking voor de juridische positie van de bestuurder.

7.6.2 *Zorgplicht samenwerking*

Het overzicht van samenwerkingsverplichtingen en de besproken voorbeelden laten zien dat van onderwijsorganisaties eigenlijk wordt verwacht dat zij samenwerken met anderen. Samenwerking is soms het gevolg van een in de onderwijswet- en regelgeving opgenomen wettelijke samenwerkingsverplichting. Het meest prominente voorbeeld daarvan is het

samenwerkingsverband passend onderwijs. In een aantal andere gevallen is de samenwerking veeleer een wettelijke noodzaak, zoals bij de regionale planning van onderwijsvoorzieningen of het kunnen openhouden van kleine scholen. Iets vergelijkbaars geldt voor het aanmeldings- en inschrijvingsbeleid van leerlingen. Van onderwijsorganisaties in het primair en voortgezet onderwijs mag om redenen van zorgvuldigheid langzamerhand worden verwacht dat zij afspraken met elkaar maken over het regionale aanmeldingsbeleid.

Men kan inmiddels stellen dat al deze samenwerkingsverplichtingen tezamen voor de onderwijsorganisatie een zorgplicht samenwerking inhouden. Die zorgplicht samenwerking begrenst niet alleen de onderwijsrechtelijke autonomie maar beperkt indirect ook de autonomie van de bestuurder. Het aantal wettelijke samenwerkingsverplichtingen neemt toe, samenwerking is eerder een wettelijke noodzaak en soms is zelfs de juridische vorm voorgeschreven. In een beperkt aantal gevallen bevordert de onderwijswetgever nadrukkelijk het aangaan van samenwerkingen met een wettelijke faciliteit. Die wettelijke faciliteiten kennen echter doorgaans een beperkt toepassingsbereik, intersectorale samenwerking krijgt weinig aandacht en de diverse wettelijke faciliteiten staan niet zonder meer open voor samenwerking met andere maatschappelijke organisaties. Samenwerking is vrij, maar de onderwijswetgever stelt met enige regelmaat wel beperkende voorwaarden aan de vormgeving van samenwerkingen. De fusietoets onderwijs is daarvan de onderwijsrechtelijke verpersoonlijking. Bestuurders hebben hiermee rekening te houden bij het bepalen van het bestuurlijk beleid, de inrichting van het financieel beheer en het aangaan van verbintenissen met anderen.

7.6.3 *Sturing op samenwerking maakt afhankelijker*

Met als waterscheiding de inwerkingtreding van de Wet fusietoets onderwijs in 2011 en de aankondiging van het wetsvoorstel passend onderwijs in datzelfde jaar, bestaat bij de overheid inmiddels een voorkeur voor het sturen op nevensgeschikte samenwerkingen. Schoonhoven zag dit in 2012 als de keuze voor een hernieuwd sturingsinstrumentarium van de overheid die de (veronderstelde) negatieve effecten van de vele bestuurlijke fusies na de invoering van de lumpsumbekostiging moest beperken.¹⁸⁵ Dit is het meest duidelijk bij de wettelijke samenwerkingsverplichtingen. De onderwijswetgever schrijft voor dat wordt samengewerkt, benoemt die samenwerking als bekostigingsvoorwaarde en vult dit aan met doorzettingsmacht van overheidswege. Daarbij is een keuze gemaakt voor een actieve sturing op samenwerking langs lijnen die we in de jaren negentig vaak deregulering noemden en welke sturing thans wordt aangeduid als decentralisering. Vooral bij (deel)verantwoordelijkheden in de periferie van het primaire proces van onderwijs en

185 Van Schoonhoven 2012, nr. 2, p. 4.

onderzoek speelt samenwerking een grote rol en is sprake van actieve sturing door de overheid en de onderwijswetgever. Sturing geschiedt op systeemniveau: de bestuurlijke omgeving wordt geactiveerd met behulp van advies- en overlegbevoegdheden, een specifieke wettelijke samenwerkingsverplichting wordt geïntroduceerd, subsidies worden gekoppeld aan samenwerkingsverplichtingen of het individuele financiële risicodragerschap wordt op deelterreinen vergroot.

Leune en Van Wieringen komen de eer toe dat zij zich al in het midden van de jaren negentig afvroegen welke gevolgen deregulering had voor de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders.¹⁸⁶ Zij wezen er destijds op dat financiële autonomievergroting gevolgen kon hebben voor de door hen onderscheiden omgevingsgerichte autonomie; zijnde die autonomie die wordt beïnvloed door de mate van afhankelijkheid van de omgeving. Het beeld dat uit dit hoofdstuk naar voren komt is dat de omgevingsgerichte autonomie van onderwijsorganisaties en daarmee indirect de betsuursautonomie van hun bestuurders inderdaad kleiner is geworden. Bestuurders hebben door de zorgplicht samenwerking en de afhankelijkheid van het bestuurlijk netwerk minder autonome beslissingsruimte. De prestaties van hun onderwijsorganisaties zijn afhankelijker van anderen geworden en er is beperkte beleidsvrijheid bij het kiezen van samenwerkingspartners.

7.6.4 *Betekenis van samenwerking voor de juridische positie van de bestuurder*

De constatering dat er inmiddels sprake is van een zorgplicht samenwerking en een sterke onderlinge bestuurlijke afhankelijkheid, heeft in potentie ook betekenis voor de mate van aanspreekbaarheid van bestuurders op hun functioneren. Er bij samenwerkingen sprake van een volledige vervlechting van wettelijke verplichtingen, bekostigingsvoorwaarden, statutaire verplichtingen, convenanten, contractuele verplichtingen en al dan niet gerechtvaardigde verwachtingen. In concrete situaties roept dat bij samenwerkingen de vraag op welke norm eigenlijk van toepassing is, welk belang voorgaat en wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor de resultaten van een samenwerking.

Dit dilemma speelt niet alleen in het onderwijs. Ook in het klassieke ondernemingsrecht zien we terug dat er sprake is van steeds meer vervlechtingen. Het meest duidelijk is dit bij de uitleg van aandeelhoudersovereenkomsten voor de verplichtingen van aandeelhouders en bij joint-ventures. De contractuele en vennootschappelijke normen lijken langzaam in elkaar over te lopen. Een vrij recent voorbeeld is te vinden in de uitspraak *Vanka-Kawatt*

¹⁸⁶ Van Wieringen 1995, p. 24, Leune 1994 en Leune 2001, p. 155-186.

van de Rechtbank Den Haag uit 2012.¹⁸⁷ In deze zaak oordeelde de rechtbank dat van een commissaris verlangd mocht worden dat hij slechts onder bijzondere omstandigheden van de aandeelhoudersovereenkomst afwijkt. Dat zou zich kunnen voordoen als het belang van de vennootschap of bij de vennootschap betrokken belanghebbenden door onverkorte naleving van eerdere afspraken, “in onaanvaardbare mate geschaad wordt.”¹⁸⁸ In het *Cancun*-arrest overwoog de Hoge Raad dat bij een weging van het belang van de samenwerkingspartners en het belang van de gezamenlijk beheerde rechtspersoon, de bestuurders van die joint-venture zich bij de vervulling van hun taak weliswaar moesten richten naar het belang van de rechtspersoon maar dat de inhoud van dit belang wel af hangt van de omstandigheden van het geval, de aard en de inhoud van de tussen de partners overeengekomen samenwerking.¹⁸⁹ De Hoge Raad merkte zelfs op dat de bewuste samenwerking een “bijzondere zorgplicht” voor bestuurders met zich meebracht.¹⁹⁰

De analogie met het vennootschapsrecht leert dat bij samenwerkingen op enig moment sprake kan zijn van een conflict van belangen en wederzijdse afhankelijkheden. Dat tikt ook door in de verlangde taakvervulling van de bestuurder. Duidelijk is dat zijn bestuursautonomie is beperkt door de afhankelijkheid van het bestuurlijk netwerk. Dat is dan ook een belangrijke les van dit hoofdstuk. De bestuurder die besluit bekostiging aan te wenden ten gunste van een samenwerking, zal zich steeds moeten afvragen of die besteding rechtmatig is en bovendien doelmatig in de zin van proportionaliteit en effectiviteit. Als hij daarover twijfelt, dan zal hij zich een beeld moeten vormen van de relevante belangen, de juridische randvoorwaarden en de mogelijke alternatieven. Daarbij wordt van hem verlangd dat hij zich steeds richt naar het belang van de eigen onderwijsorganisatie maar zich ook het belang van de samenwerkingspartners aantrekt. Dat behoeft uiteraard ook erkenning bij de beoordeling van het handelen van individuele bestuurders. Een samenwerkingsverplichting heeft als effect dat de verantwoordelijkheid van de bestuurder voor het resultaat van die samenwerking geringer is.

De WRR pleitte in 2009 voor het benadrukken van de maatschapsgedachte. In het kader van een advies over de hoge uitval van jongeren meende zij dat eigenlijk sprake zou moeten zijn van een maatschap van betrokkenen en een gedeelde verantwoordelijkheid van alle betrokkenen, ook niet-onderwijsorganisaties.¹⁹¹ Deze maatschapsgedachte wringt echter met de individuele verantwoordingsverplichting van onderwijsorganisaties en hun

187 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX5922, JOR 2012/286 m.nt. Blanco Fernandez (Vanka-Kawat).

188 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX5922, r.o. 4.16. Zie ook Rb. Adam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193, JOR 2014/157, r.o. 5.1-5.2 (Kekk/Delfino).

189 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun II).

190 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.2.

191 WRR 2009, p. 204-213.

bestuurders. Zij is immers gestoeld op het benadrukken van gedeelde verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. De vraag is hoe om te gaan met het aanvaarden van een dergelijke gedeelde verantwoordelijkheid. Bestuurlijke netwerkvorming is een gegeven en leidt in veel gevallen tot maatschappelijke baten. Risico's zijn verkokering, versnippering, het afschuiven van verantwoordelijkheden en het (onbedoeld) nemen van teveel verantwoordelijkheden en financiële risico's. De maatschapsgedachte biedt bestuurders hoogstens enige bescherming door de mogelijkheid om – als het toch is mis gegaan – te wijzen op de gedeelde verantwoordelijkheid en de afhankelijkheid van het bestuurlijk netwerk; en zich bij verwezenlijkte risico's desnoods sneller te wenden tot de samenwerkingspartners.

HOOFDSTUK 8 – BENOEMING, KWALITEIT, BEZOLDIGING EN ONTSLAG VAN INDIVIDUELE BESTUURDERS

8.1 INLEIDING

8.1.1 *Vooraf*

De arbeidsmarkt voor professioneel bestuurders in het onderwijs professionaliseert, de eisen aan de kwaliteit nemen toe, de betrokkenheid van de medezeggenschap bij de benoeming groeit en de beloning is wettelijk gemaximaliseerd. In de voorgaande hoofdstukken is ingegaan op de vraag wie bestuurder is, hoe de onderwijsorganisatie is vormgegeven en welke verantwoordelijkheden onderwijsorganisaties en hun bestuurders hebben. Een professioneel bestuurder van een onderwijsorganisatie wordt echter benoemd, wordt geacht over voldoende kennis en competenties te beschikken, ontvangt voor de uitoefening van zijn werkzaamheden een bezoldiging en treedt uiteindelijk terug of wordt ontslagen. Het is dat speelveld dat in dit hoofdstuk wordt belicht.

8.1.2 *Vraagstelling en opzet hoofdstuk*

De vraag die in dit hoofdstuk aan bod komt is wat de aspecten benoeming, kwaliteit, beloning en ontslag betekenen voor de juridische positie van de individuele bestuurder. Bij de beantwoording van deze vraag wordt gebruikgemaakt van vier deelvragen:

1. Welke juridische aspecten spelen een rol bij de benoeming van bestuurders?
2. Welke eisen betreffende de kwaliteit van bestuurders spelen een rol bij de benoeming?
3. Op welke bezoldiging heeft een bestuurder recht en met welke juridische randvoorwaarden moet daarbij rekening worden gehouden?
4. Hoe kan een bestuurder worden ontslagen?

Een vertrekpunt voor dit hoofdstuk is dat de meeste bestuurders een rechtspersonenrechtelijke relatie hebben tot de onderwijsorganisatie in die zin dat zij statutair bestuurder zijn als bedoeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Immers, de meeste onderwijsorganisaties kennen de rechtsvorm stichting of vereniging. Dit hoofdstuk richt zich dan ook vooral op de bestuurder die functioneert in een raad van toezicht-model of de bestuurder die de

dagelijks bestuurder is in het raad van beheer-model.¹ Professioneel bestuurders in het onderwijs zijn niet alleen lid van het bestuurlijk orgaan maar doorgaans ook werknemer. Zij hebben een zogeheten dubbele rechtsbetrekking: een rechtspersonenrechtelijke en een arbeidsrechtelijke, al dan niet in de vorm van een aanstelling. In deze inleidende paragraaf wordt kort op deze bijzonderheid ingegaan en wordt toegelicht wie nu eigenlijk de “werkgever” is van de bestuurder.

In de opvolgende paragrafen worden de vier geformuleerde deelvragen besproken. In paragraaf 8.2 wordt ingegaan op de benoeming van de bestuurder. De bij de benoeming in acht te nemen kwaliteitseisen worden besproken in paragraaf 8.3. De normen voor de bezoldiging komen aan de orde in paragraaf 8.4. Het ontslag van de bestuurder komt aan bod in paragraaf 8.5. Paragraaf 8.6 gaat in op de betekenis van het voorafgaande voor de juridische positie van de bestuurder.

Het onderliggend onderzoek voor dit hoofdstuk is afgesloten op 1 januari 2016. Literatuur en jurisprudentie van na deze datum is zeer beperkt meegenomen.

8.1.3 *De bestuurder als individu*

In dit hoofdstuk staat de bestuurder als individueel persoon centraal. In de andere hoofdstukken gold steeds de kanttekening dat de bestuurder de onderwijsorganisatie vertegenwoordigde en dat besturen, bij een meerhoofdig bestuur, in beginsel altijd iets collectiefs is. Bij benoeming, beloning en ontslag van bestuurders speelt het collectief veel minder. Een bestuurder wordt in persoon benoemd, heeft een eigen aanspraak op bezoldiging en wordt als individu ontslagen.

De meeste bestuurders zijn werknemer. Het arbeidsrecht is in 2015 ingrijpend gewijzigd als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid.² Deze wet is ook van toepassing op die werknemers in het onderwijs die als gevolg van hun benoeming met hun onderwijsorganisatie een arbeidsovereenkomst hebben; en daarmee ook voor de bestuurders met een arbeidsovereenkomst. Deze Wet Werk en Zekerheid wijzigde Boek 7 Titel 10 van het BW en introduceerde een limitatief aantal ontslaggronden en een stapeling van verschillende ontslagvergoedingen. Deze wijzigingen hebben tot gevolg dat de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders niet volledig is uitgekristalliseerd. De Wet Werk en Zekerheid kent meerdere open normen en is niet direct toegespitst op de rechtspositie van de bestuurder.

1 In hoofdstuk 3 is ingegaan op de diverse bestuursmodellen in het onderwijs.

2 Stb. 2014, 216 (Wet werk en zekerheid; dossier 33818).

Voor zover bestuurders werknemer zijn in het openbaar onderwijs, hebben zij een ambtelijke status en geen civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Op de bijzonderheden van deze ambtelijke status wordt in dit hoofdstuk niet nadrukkelijk ingegaan. In de Eerste Kamer was in 2016 het initiatiefwetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren aanhangig als gevolg waarvan de rechtspositie van ambtenaren meer gelijk wordt getrokken met die van werknemers met een gewone arbeidsovereenkomst.³ Dit initiatiefwetsvoorstel moet de Ambtenarenwet wijzigen en heeft tot gevolg dat ook op alle bestuurders in het openbaar onderwijs met een ambtelijke aanstelling, het civielrechtelijk arbeidsrecht van toepassing wordt. De reacties van de diverse fracties in de Eerste Kamer laten zien dat aanvaarding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren niet zonder meer vast staat.⁴ De verwachting van de indieners is dat aanpassing van de overige wet- en regelgeving ongeveer drie jaar zal duren.⁵

8.1.4 *De dubbele rechtsbetrekking van de bestuurder*

Bestuurders van onderwijsorganisaties met de rechtsvorm stichting of vereniging hebben een dubbele rechtsbetrekking. Zij zijn statutair bestuurder bij de stichting of vereniging en hebben daarnaast een aanstelling of arbeidsovereenkomst.⁶

Bij de benoeming van de bestuurder heeft dit als gevolg dat een bestuurder niet alleen de rechtspersonenrechtelijke benoeming (en bijbehorende bestuurlijke opdracht) moet aanvaarden maar dat de onderwijsorganisatie en de bestuurder ook met elkaar een arbeidsovereenkomst moeten overeenkomen. Het functioneren van de bestuurder kan vervolgens gedurende de periode van zijn benoeming en dienstverband worden getoetst aan zowel de eisen van behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) als aan het uitgangspunt van ‘goed werknemer’ (artikel 7:611 BW; of als ‘goed ambtenaar’ voor de bestuurders met een aanstelling, zie artikel 125ter Ambtenarenwet). Dat geldt ook voor de onderwijsorganisatie. Deze moet zich jegens de bestuurder gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (artikel 2:8 BW) en behoort tevens ‘goed werkgever’ te zijn (artikel 7:611 BW juncto artikel 125ter Ambtenarenwet).

3 *Kamerstukken I* 2013/14, 32550 nr. A en *Kamerstukken I* 2015/16, 32550 nr. J.

4 *Kamerstukken I* 2014/15, 32550, nr. E. In de Tweede Kamer had het wetsvoorstel op 30 januari 2014 wel de steun van vrijwel alle grote midden partijen: CDA, de VVD, D66 en PvdA (zie *Handelingen II* 2013/14, nr. 49-10, 4 februari 2014).

5 *Handelingen I* 2015/16, nr. 1-7, p. 4, 22 september 2015.

6 Bennaars 2015, p. 40-43.

In de praktijk speelt de dubbele rechtsbetrekking vooral een rol bij het ontslag van bestuurders van stichtingen.⁷ Dat komt doordat het ontslag als statutair bestuurder van een stichting niet automatisch ook het einde betekent van de arbeidsovereenkomst of ambtelijke aanstelling. Het rechtspersonenrechtelijk ontslag is ook geen expliciet in artikel 7:669 lid 3 BW benoemde redelijke grond voor opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De recent in werking getreden Wet Werk en Zekerheid heeft hierin geen verandering gebracht.⁸

Sinds de zogeheten 15 april-arresten uit 2005 is bij vennootschappen de hoofdregel dat het beëindigen van de rechtspersonenrechtelijke relatie van de bestuurder in beginsel tevens het einde van de arbeidsrechtelijke relatie insluit; ook zonder een expliciete opzegging van de arbeidsovereenkomst en ook als de bestuurder bij het eenzijdig neerleggen van zijn functie uitdrukkelijk heeft verklaard zijn arbeidsrechtelijke relatie in stand te houden.⁹ Het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit doet de gehele tweekoppige relatie eindigen zonder dat – waar het gaat om de arbeidsrechtelijke consequenties van het ontslag – daarvoor nog een besluit van de vennootschap is vereist. Aangenomen wordt dat deze regel ook geldt voor de bestuurders van verenigingen. In de artikelen 2:37 lid 6 en 2:134/244 lid 3 BW is in dit verband bevestigd dat de rechter niet een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de vereniging/vennootschap en de bestuurder kan uitspreken. Een met de betreffende artikelen vergelijkbare bepaling ontbreekt nu nog in het stichtingenrecht. Wel bestaat blijkens het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen het voorstellen dit verbod ook voor bestuurders van stichtingen vast te leggen (artikel 2:9b lid 4 BW Nieuw).¹⁰

Het gevolg van het voor stichtingsbestuurders niet insluiten van het rechtspersonenrechtelijke ontslagbesluit met het beëindigen van de arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking, is dat voor dit laatste naar alle waarschijnlijkheid een afzonderlijk tweede besluit nodig is van de werkgever en dat op dat tweede besluit de reguliere arbeidsrechtelijke ontslagbescherming van toepassing is.¹¹ Die arbeidsrechtelijke ontslagbescherming brengt mee, en in paragraaf

7 HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375 m.nt. Ma (Sjardin/Sjartec) en HR 13 november 1992, NJ 1993/256 m.nt. PAS (Levison/MAB).

8 Kritisch over het begrip bestuurder in de Wet Werk en Zekerheid en de regeling omtrent diens ontslag: Ten Broeke e.a. 2014, p. 38.

9 HR, 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2020, JOR 2005/145 m.nt. P.A.M. Witteveen (Unidek BV) en HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713, JOR 2005/144 m.nt. P.A.M. Witteveen onder JOR 2005/145 en JAR 2005/153 m.nt. R.M. Beltzer en E. Verhulp (Ciris BV/Bartelink). Aangetekend moet worden dat op 28 juli 2015 het gerechtshof Amsterdam aangaf dat onder omstandigheden ook bij vennootschappen een aparte opzegging van de arbeidsovereenkomst is vereist. Zie Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3067 JOR 2015/259 m.nt. S. Sterk.

10 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

11 Vgl. Van der Ham 2008b; Van der Ham 2010, p. 38 en De Bock 2014.

8.5 wordt daar verder op ingegaan, dat de bestuurder van een stichting in beginsel moet instemmen met de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Als hij dat niet wenst te doen, kan de kantonrechter toetsen of er een redelijke grond voor ontslag is of is de toestemming van het UWV vereist. Voor zover de bestuurder een ambtelijke aanstelling heeft, kan de onderwijsorganisatie zelf besluiten tot ontslag in bijvoorbeeld gevallen van reorganisatie, een arbeidsconflict, ernstige mate van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor het verrichten van de functie. De bestuurder in het openbaar onderwijs met een ambtelijke aanstelling kan tegen het ontslagbesluit wel bezwaar maken, beroep indienen bij de bestuursrecht en zo nodig hoger beroep instellen bij de Centrale Raad van Beroep. Onverkorte aanvaarding van de voorstellen in het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zal ook voor stichtingsbestuurders de erkenning tot gevolg hebben dat een rechter het herstel van de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst niet kan uitspreken. Hierdoor vervalt ook voor deze categorie bestuurders de preventieve ontslagtoets, zodat de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst in beginsel zonder voorafgaande toets van het UWV of de rechter kan worden opgezegd (artikel 7:671 lid 1 onder e BW).

Het uitgangspunt dat het rechtspersonenrechtelijk ontslagbesluit in beginsel ook het civielrechtelijke arbeidsrechtelijk ontslagbesluit ‘insluit’, wil niet zeggen dat hierover in de arbeidsovereenkomst geen afwijkende afspraken kunnen worden gemaakt. Het is niet ongebruikelijk om vast te leggen dat toch twee besluiten nodig zijn. Bijvoorbeeld om te borgen dat na een periode als bestuurder, de betreffende persoon bij beëindiging van het bestuurslidmaatschap het dienstverband bij dezelfde onderwijsorganisatie voortzet als docent, wetenschapper, adviseur of directeur.

8.1.5 *Wie is werkgever?*

Een met enige regelmaat terugkerende vraag is wie nu eigenlijk de werkgever is van de bestuurder. Uit artikel 7:610 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst een overeenkomst is waarbij de werknemer, zich verbindt om “in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten”. Uit deze definitie volgt dat een werkgever partij moet zijn. Om partij te kunnen zijn bij een overeenkomst is vereist dat degene die partij is, ‘rechtssubject’ is. Slechts natuurlijke personen of rechtspersonen kunnen op grond van het algemeen burgerlijk recht rechtssubject zijn; en daarmee drager van rechten en verplichtingen. Aangezien een raad van toezicht of algemene ledenvergadering een orgaan is en geen rechtssubject, kunnen zij ook geen partij zijn en dus geen werkgever. Voor onderwijsorganisaties met de rechtsvorm stichting of vereniging betekent

dit dat de onderwijsorganisatie altijd de juridisch werkgever is. De regering heeft dit ook bevestigd in 2009.¹²

Aangezien het niet wenselijk is dat bestuurders met zichzelf een arbeidsovereenkomst aangaan, ligt het voor de hand dat – gelet op het persoonlijk tegenstrijdig belang met de onderwijsorganisatie – de onderwijsorganisatie in het kader van de arbeidsovereenkomst wordt vertegenwoordigd door een ander. Die ander kan de raad van toezicht zijn. In de praktijk wordt bij onderwijsorganisaties en vergelijkbare semipublieke organisaties daarom wel een onderscheid gemaakt tussen de juridisch werkgever en het orgaan dat de rol van werkgever vervult. De onderwijsorganisatie is dan formeel de juridisch werkgever terwijl de praktische rol van werkgever wordt vervuld door anderen dan de persoon die bestuurder is (de intern toezichthouders). Die rolverdeling was voor de minister van OCW ook uitgangspunt bij de Wet goed onderwijs, goed bestuur.¹³ De raad van toezicht vertegenwoordigt alsdan de onderwijsorganisatie. Bij de andere bestuursmodellen moet worden gezocht naar een vergelijkbare verdeling.¹⁴

8.2 BENOEMING BESTUURDER

8.2.1 *Inleiding*

Een persoon is geen bestuurder omdat hij een bepaalde kwaliteit heeft, maar omdat hij als bestuurder is benoemd en hij die benoeming heeft aanvaard.¹⁵ Om bestuurder te zijn is een benoeming nodig.¹⁶ Dit wordt bevestigd door de artikelen 2:37 en 2:286 lid 4 BW waarin is vastgelegd dat in de statuten van de vereniging en de stichting de regels omtrent de benoeming moeten zijn vastgelegd. Een benoeming van een bestuurder vergt een meerzijdige rechtshandeling. Het besluit van degene die tot die benoeming bevoegd is (rechtshandeling 1) en de aanvaarding van die benoeming door de persoon die wordt benoemd (rechtshandeling 2).

12 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 9, p. 45: “De rechtspersonen in het onderwijs hebben per definitie de rol van werk- gever voor het personeel dat in dienst is van de rechtspersoon. (...) Ook laatstbedoelde bestuurders (benoemd door de raad van toezicht) worden aangemerkt als personeel van de rechtspersoon. Het wetsvoorstel sluit hierop aan.”

13 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 28.

14 Het vervullen van de rol van werkgever wordt ook wel aangemerkt als een van de taken van de intern toezichthouder, naast de toezichthoudende functie en de adviesfunctie. Zie ook *Toolkit Toezicht Onderwijs* 2014, p. 12.

15 Vgl. HR 2 juni 1977, *NJ* 1978/238 m.nt. Ma (Jacobus Recourt).

16 Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 155.

In paragraaf 8.2.2 wordt ingegaan op de vraag door wie de bestuurder van een onderwijsorganisatie wordt benoemd. Vervolgens wordt in paragraaf 8.2.3 aandacht besteed aan de vraag wie betrokken moeten worden bij de benoeming. Aan de aanvaarding zelf wordt geen aandacht besteed. De meeste personen die worden benoemd als bestuurder, zullen die benoeming ook (informeel) aanvaarden.¹⁷

8.2.2 *Door wie wordt de bestuurder benoemd?*

A. Vereniging en stichting

Het antwoord op de vraag wie de bestuurder moet en mag benoemen is afhankelijk van het algemeen rechtspersonenrecht, de onderwijswetgeving en het bepaalde in de statuten. Hierna wordt eerst ingegaan op de regels voor benoeming van bestuurders in het verenigingen- en stichtingenrecht. Vervolgens wordt per onderwijssector ingegaan op de door de onderwijswetgever geplaatste nadere voorschriften.

Bij verenigingen geldt de hoofdregel dat de algemene vergadering de bestuurders moet benoemen. Dit volgt uit artikel 2:37 lid 2 BW. Van deze hoofdregel kan in de statuten worden afgeweken maar die afwijking moet alsdan aan de volgende twee wettelijke randvoorwaarden voldoen.

- Elk lid moet middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming kunnen deelnemen (artikel 2:37 lid 2 BW).
- Eén of meer bestuurders kunnen door andere personen dan de leden worden benoemd mits niet de helft of meer (artikel 2:37 lid 3 BW).

Als behoefte bestaat aan betrokkenheid van anderen dan de algemene vergadering bij de benoeming van bestuurders is een keuze mogelijk tussen ruwweg drie varianten.

Binnen het raad van toezicht-model kan de raad van toezicht in het kader van de benoeming diverse statutaire rechten toegekend krijgen waarna het besluit tot benoeming van de bestuurders blijft berusten bij de algemene vergadering. Die statutaire rechten kunnen zien op de vaststelling van profielen, werving- en selectieprocedures, taakverdelingen, voordrachten en functioneringsgesprekken.

De tweede variant is het laten benoemen van bestuurders door de raad van toezicht. Gelet op de voorwaarde dat elk lid middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming van bestuurders moet kunnen deelnemen (artikel 2:37 lid 2 BW), is het dan wel noodzakelijk

17 Bennaars 2015, p. 111-117.

dat de leden van de raad van toezicht zijn benoemd door algemene vergadering. Rensen acht deze variant niet in strijd met de wet.¹⁸ Overes onderschrijft dit, maar voegt daar aan toe dat de leden van de raad van toezicht dan wel lid moeten zijn van de vereniging.¹⁹ Bij deze variant wordt gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een ledenraad in te stellen en die bevoegdheden van de algemene vergadering toe te kennen (artikel 2:39 BW). De raad van toezicht kwalificeert in deze variant (tevens) als een ledenraad.

Bij de derde variant wordt gebruikgemaakt van de wettelijke optie om één of meer bestuurders, maar niet de helft of meer, te laten benoemen door andere personen dan de algemene vergadering (artikel 2:37 lid 3 BW). Andere personen kunnen natuurlijke personen zijn, rechtspersonen of andere organen binnen de vereniging. Deze optie biedt enige flexibiliteit en kan bij nauwe samenwerkingen tussen meerdere onderwijsorganisaties nuttig zijn. Deze optie is ook van nut op het moment dat de onderwijsorganisatie gebruik maakt van een bestuursmodel met dagelijks bestuurders en algemeen bestuurders (raad van beheer-model of *one-tier*). De dagelijks bestuurders kunnen dan door de algemeen bestuurders worden benoemd. Het bestuur is dan de “andere persoon” als bedoeld in artikel 2:37 lid 3 BW.

Bij stichtingen geldt een wettelijke verplichting om de wijze van benoeming, schorsing en ontslag te regelen in de statuten (artikel 2:286 lid 4 onder c BW). Deze verplichting geldt voor alle onderwijsorganisaties die de rechtsvorm stichting kennen. Voor het openbaar onderwijs is zij bovendien opgenomen in artikel 48 lid 6 onder b Wpo en artikel 42b lid 6 onder b Wvo. Deze twee bepalingen schrijven voor dat de statuten van een stichting voor openbaar onderwijs in ieder geval moeten voorzien in een regeling omtrent “de wijze van benoeming, herbenoeming, schorsing en ontslag van de bestuursleden”.

Het stichtingenrecht regelt niet wie wel of niet bevoegd is tot benoeming van de bestuurders. De regeling van de benoeming moet blijken uit de statuten (artikel 2:286 lid 4 onder c BW). Dit geeft de vrijheid om te kiezen voor coöptatie, voor de benoeming van bestuurders door een in te stellen raad van toezicht of benoeming van bestuurders door anderen. Voor stichtingen voor openbaar primair en voortgezet onderwijs geldt die vrijheid niet. Uit artikel 48 Wpo en artikel 42b Wvo volgt dat de gemeenteraad de bestuurders van de stichtingen voor openbaar onderwijs benoemt. Als de stichting voor openbaar onderwijs een raad van toezicht kent, benoemt de gemeenteraad de leden van de raad van toezicht en benoemt die raad van toezicht op zijn beurt de bestuurders.

18 Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 144.

19 Overes in Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 205-206.

B. Onderwijswetgeving

De Wpo en de Wvo schrijven voor dat bij onderwijsorganisatie met een raad van toezicht, die raad van toezicht de bestuurders moet benoemen, schorsen en ontslaan. Dit is vastgelegd in artikel 17c lid 3 Wpo en artikel 24e1 lid 3 Wvo en vormt een voorwaarde voor bekostiging. De bekostigingsvoorwaarde geldt voor alle bestuursvormen en ongeacht het openbare of bijzondere karakter van de betrokken scholen.

Effect van deze bekostigingsvoorwaarde is dat vooral bij schoolverenigingen met een raad van toezicht, goed moet worden gekeken naar de taken en bevoegdheden van die raad.²⁰ Als deze overeen komen met alle in de Wpo en de Wvo benoemde minimale taken en bevoegdheden, dan dient de raad van toezicht de bestuurders te benoemen terwijl uit artikel 2:37 lid 2 BW volgt dat de leden van de raad van toezicht op hun beurt moeten worden benoemd of verkozen door de leden.

In het middelbaar beroepsonderwijs is het raad van toezicht-model het bestuursmodel dat de voorkeur heeft gekregen. Artikel 9.1.4 lid 3 onder a Web bepaalt – onder meer – dat de raad van toezicht in elk geval is belast met het benoemen, schorsen en ontslaan van de leden van het college van bestuur van de onderwijsinstelling. Binnen het *one tier* model zijn de toezichthoudende bestuurders belast met de benoeming (artikel 9.18 Web). Als het college van bestuur van de onderwijsinstelling tevens het bestuur in rechtspersonenrechtelijke zin is van de betreffende onderwijsorganisatie dan moet uiteraard ook worden voldaan aan het algemeen rechtspersonenrecht.

Voor het hoger onderwijs geldt ook de bekostigingsvoorwaarde dat de leden van het college van bestuur van de onderwijsinstelling moeten worden benoemd, geschorst en ontslagen door de raad van toezicht (artikelen 9.8 lid 1 onder a en 10.3d lid 2 onder a Whw). Bij de openbare universiteiten benoemt de minister van OCW de leden van de raad van toezicht. De benoemingsregeling van de leden van de raad van toezicht bij de bijzondere hogescholen en de bijzondere universiteiten moet zijn uitgewerkt in de statuten en de minister van OCW heeft geen benoemingsrecht. Op het moment dat een bijzondere hogeschool of bijzondere universiteit in stand wordt gehouden door een vereniging en het college van bestuur tevens het statutair bestuur van die vereniging is, dan behoeft logischerwijs de

20 Zie artikel 17c lid 1 Wpo en artikel 24e1 lid 1 Wvo. De minimale taken en bevoegdheden van de raad van toezicht zijn de volgende:

- goedkeuren begroting, jaarverslag en eventueel strategisch meerjarenplan;
- toezien op de naleving door het bestuur van wettelijke verplichtingen en de branchecode voor goed bestuur;
- toezien op rechtmatige verwerving en doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de publieke middelen;
- aanwijzen accountant.

samenstelling en benoeming van de leden van de raad van toezicht – en daarmee de benoeming van de bestuurders van die vereniging – aansluiting bij het algemeen verenigingsrecht.

8.2.3 *Draagvlak bij de benoeming*

Een bestuurder vervult na zijn benoeming een leidinggevende rol binnen de onderwijsorganisatie. Om dat te kunnen doen is het niet alleen wenselijk dat een bestuurder is benoemd, competent is of beschikt over de hem krachtens de wet, de statuten en de interne reglementen toekomende bestuursbevoegdheden. Voor het daadwerkelijk kunnen besturen, is uiteindelijk draagvlak wenselijk. Om te bereiken dat bestuurders in elk geval op het moment van benoeming beschikken over dat draagvlak, wordt veelvuldig gebruikgemaakt van werving- en selectieprocedures, overlegprocedures, adviesrechten en voordrachten. Zowel het verenigingsrecht als het stichtingenrecht verplichten niet tot het vragen van advies, overleg of voordracht aan organen van de onderwijsorganisatie, medezeggenschapsorganen of andere belanghebbenden voorafgaand aan de benoeming.

A. Adviesrechten

De onderwijswetgeving bevat de verplichting om voorafgaand aan de benoeming van een bestuurder advies te vragen aan de medezeggenschap. Deze adviesverplichting geldt voor alle onderwijssectoren en ongeacht de vraag of sprake is van openbaar of bijzonder onderwijs. Ook de rechtsvorm doet niet terzake. We vinden de betreffende regelingen terug in de artikelen 11 onder h en 16 lid 2 onder c Wms (PO en VO), artikel 8a.2.2 lid 7 Web (MBO) en artikel 9 lid 3 lid 2 juncto artikel 10.2 lid 3 Whw (WO en HBO). Voor zover sprake is van ondernemingsraden bevat artikel 30 Wor een vergelijkbare regeling.

De formulering van de diverse bepalingen wijkt onderling iets af, maar de kern is dat de medezeggenschap vooraf en in vertrouwelijkheid wordt gehoord en dat zij vervolgens de gelegenheid krijgt advies uit te brengen. Dit horen dient op een zodanig tijdstip te geschieden dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming tot benoeming.

In het primair en voortgezet onderwijs leverde de oorspronkelijke regeling enige technische vragen op. Zo spraken de artikelen 11 onder h en 16 lid 2 onder c Wms letterlijk niet over bestuurders, maar over “de schoolleiding” respectievelijk personeel “belast met managementtaken ten behoeve van meer dan een school”.²¹ De Wet versterking bestuurskracht

21 Er is één uitspraak bekend waarin de LCG WMS oordeelt dat voor de benoeming van een lid van het college van bestuur geen adviesaanvraag is vereist. De motivering van de LCG WMS is dat bestuurders niet kwali-

onderwijsinstellingen repareert dit door expliciet te bevestigen dat de adviesbevoegdheid ziet op de benoeming of aanstelling van zowel schoolleiders als bestuurders.

Het adviesrecht van de medezeggenschapsraden in het hoger onderwijs trad in 2010 in werking als gevolg van de Wet versterking besturing hoger onderwijs. Een amendement van het Kamerlid Zijlstra voorzag in een hoorrecht bij de benoeming van bestuurders.²² De Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen moet duidelijk maken dat het hoorrecht in de Web en Whw tevens het recht inhoudt om een advies te geven.²³

Schema 8.3.3a – Overzicht adviesrechten bij de benoeming van bestuurders en intern toezichthouders

Artikel 11 onder h Wms

De medezeggenschapsraad wordt vooraf in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen over elk door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot de aanstelling of ontslag van de schoolleiding.

Artikel 11 onder h1 Wms (Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen)

De medezeggenschapsraad wordt vooraf in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen over elk door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot aanstelling of ontslag van de leden van het bestuur.

Artikel 16 lid 2 onder c Wms

De gemeenschappelijke medezeggenschapsraad wordt tevens vooraf in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen over elk door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot de aanstelling of het ontslag van personeel dat is belast met managementtaken ten behoeve van meer dan een school.

Artikel 8a.2.2 lid 6 laatste volzin Web (Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen)

De deelnemersraad heeft eveneens adviesbevoegdheid met betrekking tot benoeming of ontslag van de leden van het college van bestuur, bedoeld in artikel 9.1.4, derde lid, onderdeel a.

ficeren als personeel in de zin van de wet en daarom niet vallen onder de reikwijdte van artikel 16 lid 2 onder c Wms. De uitspraak dateert echter uit 2009. Nadien is het personeelsbegrip in de Wpo en de Wvo dusdanig gewijzigd dat hieronder ook de bestuurders met een arbeidsovereenkomst moeten worden begrepen is voorts de Wet goed onderwijs, goed bestuur in werking getreden. Zie LCG WMS, 30 november 2009, nr. 104240, te raadplegen via www.onderwijsgeschied.nl.

²² *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 60 (amendement-Zijlstra).

²³ *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, nr. A.

Artikel 8a.2.2 lid 7 Web

Alvorens de raad van toezicht tot benoeming of ontslag van een lid van het college van bestuur overgaat, wordt de deelnemersraad vertrouwelijk gehoord over het voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag. Het horen geschiedt op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming.

Artikel 30 lid 1 Wor

De ondernemingsraad wordt door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming.

Artikel 9.3 lid 2 juncto artikel 10.2 lid 3 Whw

Alvorens tot benoeming of ontslag van een lid van het college van bestuur over te gaan, hoort de raad van toezicht vertrouwelijk de universiteitsraad of de ondernemingsraad en het orgaan binnen de universiteit dat op grond van de medezeggenschapsregeling, bedoeld in artikel 9.30, derde lid, tweede volzin, is ingesteld, over het voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag. Titel 2 van dit hoofdstuk is niet van toepassing. Het horen geschiedt op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming.

Artikel 9.33a lid 3 Whw (wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen)

3. De aanhef van het eerste en tweede lid is van overeenkomstige toepassing op:

- a. een voorgenomen besluit van de raad van toezicht als bedoeld in artikel 9.8, eerste lid, onder a, met betrekking tot het benoemen of ontslaan van de leden van het college van bestuur;
- b. een voorgenomen besluit van de raad van toezicht als bedoeld in artikel 9.3, tweede lid, en 9.7, vierde lid, met betrekking tot de profielen voor de benoeming van de leden van het college van bestuur onderscheidenlijk de raad van toezicht.

Artikel 10.20a lid 3 Whw (wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen)

3. De aanhef van het eerste lid is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot een voorgenomen besluit van de raad van toezicht:

- a. ten aanzien van de profielen, bedoeld in artikel 10.3d, vierde lid,
- b. ten aanzien van de profielen, bedoeld in artikel 10.2, derde lid, juncto artikel 9.3, tweede lid, en
- c. als bedoeld in artikel 10.3d, tweede lid, onder a, met betrekking tot het benoemen of ontslaan van de leden van het college van bestuur.

B. Voordrachtsrechten

Het stichtingenrecht kent, in lijn met de grote vrijheid die voor de benoeming van bestuurders geldt, geen beperkingen met betrekking tot het toekennen van voordrachten en de besluitvorming daaromtrent. Wel moeten de voordrachtsrechten zijn benoemd in de statuten (artikel 2:286 lid 4 BW). Voor verenigingen geeft artikel 2:37 lid 4 BW aan dat de statuten kunnen bepalen dat een bestuurder in een vergadering uit een bindende voordracht moet worden benoemd. Aan die voordracht kan het bindend karakter worden ontnomen door een met ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen genomen besluit van die vergadering.²⁴

De onderwijswetgever heeft ter versterking van de positie van de medezeggenschap en ter bevordering van de betrokkenheid van ouders, leerlingen/studenten en personeel meerdere malen voordrachtsrechten toegekend aan de diverse medezeggenschapsorganen. Opvallend is dat deze toekenning vrijwel altijd het gevolg was van een amendement van leden van de Tweede Kamer.²⁵ De diverse voordrachtsrechten kunnen bovendien worden onderscheiden in bindende voordrachten voor bestuurders en intern toezichthouders.

Voor alle onderwijssectoren – en ongeacht het openbare of bijzondere karakter of de rechtsvorm – geldt dat als de onderwijsorganisatie een raad van toezicht heeft, de medezeggenschapsraad het recht heeft een bindende voordracht te doen voor één gezamenlijk lid van die raad van toezicht. Dit blijkt uit de artikelen 17a lid 2 Wpo, 24d lid 2 Wvo, artikel 9.1.4 lid 6 onder Web, 9.7 lid 2 Whw en 10.3d lid 4 Whw. Opvallend is dat bij de regionale opleidingscentra dit voordrachtsrecht alleen door de ondernemingsraad kan worden uitgeoefend en niet ook, al dan niet gezamenlijk, toekomt aan de deelnemersraad.²⁶

24 Het is mogelijk in de statuten een lagere meerderheid op te nemen. Zie ook Overes in Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 206.

25 *Kamerstukken II* 1995/96, 24138, nr. 26 (openbaar onderwijs Wpo en Wvo; amendement-Cornielje c.s.); *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 26 (Wpo en Wvo; amendement-Depla c.s.) en *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 60 (Whw; amendement-Zijlstra c.s.). In de Web was zij reeds opgenomen in de oorspronkelijk versie van het wetsvoorstel Wijzing Web in verband met de medezeggenschap van personeel en deelnemers (Stb. 2010, 8; *Kamerstukken II* 2007/08, 31266, nr. 3). In het kader van de bestuurlijke vernieuwing in het onderwijs werd voor het eerst in 1994 over de mogelijkheid gesproken om in de statuten te regelen dat een herkenbare vertegenwoordiging door of namens de ouders in het stichtingsbestuur terug te vinden moest zijn (*Kamerstukken II* 1993/94, 23134, nr. 8, p. 13).

26 Ook het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen wijzigt dit niet. Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, nr. A.

Schema 8.3.3b – Overzicht voordrachtsrechten bij de benoeming van bestuurders en intern toezichthouders

Artikel 17a lid 2 tweede volzin Wpo / Artikel 24d lid 2 tweede volzin Wvo

Bij de benoeming van de leden van de raad van toezicht wordt de medezeggenschapsraad van de school, bedoeld in artikel 3 van de Wet medezeggenschap op scholen, in de gelegenheid gesteld een bindende voordracht te doen voor een lid.

Artikel 48 lid 6 onder b en lid 12 onder b Wpo / Artikel 42b lid 6 onder b en lid 12 onder b Wvo

6. Onverminderd het vierde lid, voorzien de statuten in ieder geval in een regeling omtrent: (...)

b. de wijze van benoeming, herbenoeming, schorsing en ontslag van de bestuursleden, met dien verstande dat de leden van het bestuur worden benoemd door de gemeenteraad of gemeenteraden en dat ten minste een derde gedeelte, doch geen meerderheid, van die leden wordt benoemd op bindende voordracht van de ouders van de leerlingen die zijn ingeschreven op de betrokken school of scholen,

12. Indien de school een raad van toezicht heeft, is het zesde lid niet van toepassing en voorzien de statuten, onverminderd artikel 17c, in ieder geval in een regeling omtrent: (...)

b. de wijze van benoeming, herbenoeming, schorsing en ontslag van de leden van de raad van toezicht, met dien verstande dat de leden van de raad van toezicht worden benoemd door de gemeenteraad of gemeenteraden en dat ten minste een derde gedeelte, doch geen meerderheid, van die leden wordt benoemd op bindende voordracht van de ouders van de leerlingen die zijn ingeschreven op de betrokken school of scholen,

Artikel 9.1.4 lid 6 onder b Web

6. De statuten van de rechtspersoon die een bijzondere instelling in stand houdt, voorzien in een regeling die waarborgt dat de ondernemingsraad invloed kan uitoefenen op de samenstelling van de raad van toezicht van de desbetreffende instelling. De bedoelde regeling houdt ten minste in dat de ondernemingsraad in de gelegenheid wordt gesteld om: (...)

b. een bindende voordracht te doen voor één lid van de raad van toezicht.

Artikel 9.7 lid 2 Whw

(...) Een van de leden wordt benoemd op voordracht van de universiteitsraad dan wel de ondernemingsraad en het orgaan dat op grond van de medezeggenschapsregeling, bedoeld in artikel 9.30, derde lid, tweede volzin, is ingesteld. (...) Onze minister benoemt een lid dat in het bijzonder het vertrouwen geniet van de universiteitsraad, dan wel het vertrouwen

geniet van de ondernemingsraad en het orgaan dat op grond van de medezeggenschapsregeling, bedoeld in artikel 9.30, derde lid, tweede volzin, is ingesteld, gezamenlijk. (...).

Artikel 10.3d lid 4 5e en 6e volzin Whw

(...) De benoeming van de leden van de raad geschiedt op basis van vooraf openbaar gemaakte profielen. Een van de leden wordt benoemd op voordracht van de medezeggenschapsraad, dan wel de ondernemingsraad en het orgaan dat op grond van de medezeggenschapsregeling, bedoeld in artikel 10.16a, derde lid, tweede volzin, is ingesteld. De voordracht bevat ten minste twee namen.

In het openbaar primair en voortgezet onderwijs hebben de ouders van oudsher het recht om ten minste twee derde tot maximaal de helft van het aantal bestuurders bindend voor te dragen voor benoeming door de gemeenteraad (artikel 48 lid 6 onder b Wpo en artikel 42b lid 6 onder b Wvo). Op het moment dat sprake is van een raad van toezicht, wordt deze bevoegdheid uitgeoefend op het niveau van de raad van toezicht (artikel 48 lid 12 Wpo en artikel 42b lid 12 Wvo). Dit bindende voordrachtsrecht komt niet toe aan de oudergeleding van de medezeggenschapsraad maar aan “de ouders van de leerlingen die zijn ingeschreven op de betrokken school of scholen”. Uit de toelichting bij het betreffende amendement blijkt dat het voordrachtsrecht kan worden toegekend aan de oudergeleding, ouderraad of rechtstreekse verkiezing.²⁷

De voordrachtsregeling bij universiteiten is moeilijk leesbaar. Artikel 9.7 lid 2 Whw suggereert dat de universiteitsraad (of de studentenraad en de ondernemingsraad gezamenlijk) niet alleen een voordrachtsrecht heeft voor één lid van de raad van toezicht maar dat bovendien één lid van de raad van toezicht bij de benoeming in het bijzonder hun vertrouwen moet genieten. Het lijkt erop dat hier sprake is van een technische omissie in het achterliggende amendement.²⁸ Louw meent dat per abuis de bepaling is blijven staan dat een lid van de raad van toezicht moet worden benoemd die in het bijzonder het vertrouwen geniet van de medezeggenschap.²⁹ Zijn opvatting is meen ik terecht.

C. Werving- en selectiecommissies

Een mogelijkheid om de benoeming van bestuurders te professionaliseren en het draagvlak te vergroten is het instellen van werving- en selectiecommissies. De samenstelling van dit soort commissies is sterk afhankelijk van de cultuur en de gebruiken binnen de betreffende onderwijsorganisatie. Zo is niet ongebruikelijk dat in de commissie externen zitten en

27 *Kamerstukken II* 1995/96, 24138, nr. 26, p. 2 (openbaar onderwijs Wpo en Wvo; amendement-Cornielje c.s.).

28 *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, nr. 60 (Whw; amendement-Zijlstra c.s.).

29 Louw 2011, p. 391.

komt het ook voor dat in de commissie vertegenwoordigers van personeel, ouders en leerlingen/studenten zitten. De commissies richten zich vrijwel steeds op de voorbereiding van de benoeming of voordracht. In de meeste gevallen bereidt de commissie de profiel-schets voor, heeft de commissie contact met het eventuele externe wervingsbureau, voert de commissie sollicitatiegesprekken met kandidaten en komt de commissie met een voorlopig voorstel.

Het gebruik van dergelijke werving- en selectiecommissies, zeker als de samenstelling breed is, kan het draagvlak voor de benoeming vergroten en maakt het mogelijk meer onafhankelijk te sturen op het gewenste profiel en bijbehorende deskundigheid. In die zin sluit het gebruik aan bij het algemene beginsel van goed bestuur om bij de samenstelling van het bestuur zorg te dragen voor de noodzakelijke deskundigheid. Dit beginsel is thans alleen in de Branchecode goed bestuur MBO – en dan ook nog zeer beperkt – benoemd als aanbeveling (Aanbeveling 4.3). Een nadere uitwerking vinden we wel terug in de Nederlandse corporate governance code.³⁰

De Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen formaliseert de betrokkenheid van de medezeggenschap bij de sollicitatieprocedure. Bij het benoemen van een bestuurder moet door de intern toezichthouder een sollicitatiecommissie worden ingesteld in waarvan één lid van of namens het personeel en één lid van of namens de ouders/studenten deel uit moet maken (artikel 10 lid 2 Wms, artikel 9.1.4 lid 3a Web en artikel 9.3 lid 3 Whw Wet Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen).³¹

8.3 KWALITEIT BESTUURDER

8.3.1 *Inleiding*

Dat er tussen de kwaliteit van het onderwijs en de kwaliteit van de bestuurder een correlatie lijkt te bestaan, is niet met volledige zekerheid vast te stellen. Die onderzoeksvraag is ook niet eenvoudig te beantwoorden omdat de kwaliteit van het onderwijs afhankelijk is van een veelheid aan factoren. De Inspectie van het Onderwijs houdt soms ook een slag om de arm.³² Stabiël bestuur en management vormen volgens haar wezenlijke voorwaarden voor duurzame kwaliteitsverbetering, maar professionalisering, goed personeelsbeleid en kundige bestuurders “lijken” van essentieel belang.³³

30 Commissie-Frijns 2008, *Best practice* bepaling III.5.14

31 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. A.

32 Inspectie van het Onderwijs 2013c en Inspectie van het Onderwijs 2015c, p. 42.

33 Inspectie van het Onderwijs 2015c, p. 39 en 41.

De *communis opinio* is niettemin dat het wenselijk is te investeren in de kwaliteit van bestuurders in het onderwijs. Deze opvatting wordt sinds jaar en dag door alle betrokkenen onderschreven. Omdat volgens de brancheorganisaties en de minister van OCW “de professionaliteit, het “morele kompas” en de stevigheid van bestuur en intern toezicht in een aantal gevallen was tekortschoten” vonden de partijen bij het Nationaal Onderwijsakkoord 2014 het noodzakelijk nadere afspraken te maken over de kwaliteit van schoolleiders en bestuurders. Bestuurders moesten volgens dit akkoord meer van hun verantwoordelijkheden worden doordrongen, daarnaar ook daadwerkelijk handelen en de diverse branchecodes moesten worden doorgenomen op actualiteit en maatschappelijke opvattingen.³⁴

Het sturen op de kwaliteit van de bestuurder wordt ondersteund door wet- en regelgeving en door zelfregulering. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag welke kwaliteitseisen een rol (kunnen) spelen bij de benoeming van bestuurders. Deze eisen kunnen positief zijn (kwalificerend) of negatief (diskwalificerend). Positieve eisen vinden we terug bij de formulering van het gewenste profiel (paragraaf 8.3.2), de toetsing van de kwaliteit (paragraaf 8.3.3-8.3.4) en de voorafgaand te stellen eisen aan de bekwaamheid (paragraaf 8.3.5). Negatieve kwaliteitseisen zijn onder andere het bestuursverbod en de maximering van het aantal functies en onverenigbaarheden. Deze komen aan bod in paragraaf 8.3.6. De benoemingstermijn wordt besproken in paragraaf 8.3.7.

8.3.2 *Profielschetsen*

Wettelijk verplichte openbare profielschets voor bestuurders

De Commissie-Halsema beviel in 2013 aan om in de branchecodes een regeling op te nemen die uitging van het vaststellen van profielschetsen voor bestuurders.³⁵ De onderwijs-wetgever heeft er nadien voor gekozen om bij de benoeming van bestuurders het gebruik van openbare profielschetsen wettelijk te verplichten.³⁶ Over de inhoud van deze profielschets moet voorafgaand advies worden gevraagd aan de betrokken medezeggenschapsraden.

De onderwijswetgever regelt niet wie de profielschets vaststelt. Aangezien het vaststellen van een profielschets een bekostigingsvoorwaarde is, kan worden betoogd dat die vaststelling een eigen verantwoordelijkheid is van de onderwijsorganisatie. In de praktijk is het gebruikelijk dat de raad van toezicht de profielschets vaststelt. Hij benoemt immers de

34 *Nationaal Onderwijsakkoord*, Den Haag, 19 september 2013, p. 6. en 10. Zie ook de diverse branchecodes voor goed bestuur in het onderwijs.

35 *Een lastig gesprek* 2013, p. 25.

36 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 2. Zie artikel 17a lid 2 Wpo Nieuw, artikel 24d lid 2 Wvo Nieuw, artikel 9.1.4 lid 5 en lid 6 Web Nieuw, artikel 9.3 lid 2 Whw Nieuw en artikel 11 onder q Wms Nieuw.

bestuurder of bereidt de benoeming voor van de bestuurder door de algemene ledenvergadering, de gemeenteraad of – bij de openbare universiteiten – de minister. De raad van toezicht vervult ook de werkgeversrol. Onder omstandigheden kan soms discussie ontstaan over de vaststelling van de profielschets, bijvoorbeeld als een ander dan de benoemingsge-rechtigde het voortouw heeft bij het vaststellen van de profielschets. Vooral in het openbaar onderwijs speelt dit op als gevolg van het recht van de overheid tot benoeming van de intern toezichthouders.³⁷

Inhoud profielschets?

Wat moet er in een profielschets worden opgenomen? De onderwijswet- en regelgeving geeft op die vraag geen antwoord. Van de diverse branchecodes geeft de Branchecode goed bestuur in het mbo uit 2014 de meest uitgewerkte aanzet. Volgens deze code moeten bestuurders in elk geval aan het volgende profiel voldoen (samengevat):³⁸

- het kunnen dienen van publieke belangen en het dragen van maatschappelijke verantwoording;
- het in acht nemen van kernwaarden en vanuit die kernwaarden invulling geven aan hun verantwoordelijkheden (kernwaarden zijn integriteit, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, verantwoordelijkheid, rechtmatigheid, openheid en transparantie);
- het nastreven van soberheid en bescheidenheid;
- het tonen van voorbeeldgedrag en het daarop aanspreekbaar zijn;
- het beschikken over voldoende bestuurlijk vermogen;
- het organiseren van tegenspraak en open staan voor kritiek en reflectie.

Zowel uit deze code als uit de Code Goed Onderwijsbestuur van de VO-raad blijkt dat de meeste profielkenmerken vooral zien op de ‘zachte’ kanten van goed bestuur.³⁹ Het gaat al snel om cultuur, gedrag, leiderschap, professionaliteit en discussie, afwegingen en han-

37 Dit spanningsveld speelde bijvoorbeeld in 2011 op bij de benoeming door staatssecretaris Zijlstra van leden van de raad van toezicht van de Universiteit Utrecht en de Universiteit van Amsterdam. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 31288, nr. 233, p. 65: “Wat de raad van toezicht betreft gaat het om twee gevallen, Amsterdam en Utrecht. Dit voorjaar heb ik de Kamer al aangegeven dat ik wat meer ga sturen op raden van toezicht, via sollicitatiegesprekken en dergelijke. Ik ben politiek verantwoordelijk. Als er iets misgaat in de raden van toezicht, sta ik uit te leggen waarom ik de persoon heb benoemd. In het specifieke geval van Amsterdam was er geen bestuursvoorzitter, trad de collegevoorzitter af. Ik heb de voormalige sg van Onderwijs daar als formateur gezet om een nieuwe raad van toezicht te vormen. In het geval van Utrecht vond ik dat een te nauwe relatie ontstond tussen de raad van toezicht en het college van bestuur, terwijl de raad van toezicht toezicht behoort te houden. In tegenstelling tot wat de voorzitter in zijn brief heeft geschreven, heb ik in een gesprek aangegeven dat ik het profiel de belangrijkste component vond voor een nieuwe benoeming. Daaraan is geen invulling gegeven. Toen heb ik vervolgens iemand benoemd, van wie ik het vertrouwen had dat de afstand wel in acht werd genomen. En naast mensen van heel veel andere partijen, benoem ik af en toe ook wel eens een VVD’er.”

38 *Branchecode MBO* 2014, p. 6-7, zie i.h.b. principes en uitgangspunten 2.2-2.5.

39 *Branchecode VO* 2015, p. 7-8.

delen naar normen en waarden. Dit soort kenmerken bieden juristen door hun open formulering weinig houvast. Dat geldt zeker ook voor de vermelde kernwaarden integriteit, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, verantwoordelijkheid, rechtmatigheid, openheid en transparantie.

Meerdere adviesraden en adviescommissies hebben aangegeven dat het gewenste profiel van bestuurders zou moeten aansluiten op het onderwijs.⁴⁰ Om als bestuurder in te kunnen staan voor de kwaliteit van het onderwijs overwoog de Commissie-Halsema dat bestuurders in het onderwijs dienen “te wóten wat het is om onderwijs te geven” en er moest “aantoonbare betrokkenheid zijn bij het onderwijs, bij de interactie tussen leerling, ouders en leraar”.⁴¹ De Onderwijsraad adviseerde om in de branchecodes nadere eisen te stellen aan de expertises die binnen een bestuur aanwezig moeten zijn en dacht onder meer aan expertises op de terreinen: (a) onderwijs en kwaliteit, (b) financiën, (c) personeelsbeleid en professionalisering en (d) organisatie inrichting en bedrijfsvoering.⁴² Clevers pleitte op zijn beurt voor meer wetenschappers als bestuurder van de universiteit.⁴³ Dat zou volgens hem de cohesie tussen bestuurders en professionals kunnen versterken en het belang van de kerntaken wetenschap en onderwijs kunnen benadrukken. Voor het hoger onderwijs benoemde minister Bussemaker in 2016 dat bestuurders niet alleen deskundig moeten zijn op de terreinen van onderwijskundige kennis, leiderschap en financiën maar ook dat vereist is “een oriëntatie op publieke waarden als soberheid en dienstbaarheid aan de kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid van onderwijs”.⁴⁴ Dat zijn nogal abstracte en vrij morele gedragsnormen.

Het nadeel van het bij voorbaat benoemen van verlangde profielkenmerken is dat die kenmerken niet persé hoeven aan te sluiten op de behoefte van de onderwijsorganisatie. Een ander nadeel, en reden om af te zien van wettelijke regeling, is dat inhoudelijke profielkenmerken altijd een open karakter zullen hebben en dat zij al snel van morele aard zullen zijn. De zojuist hiervoor aangehaalde passage over “oriëntatie op publieke waarden als soberheid en dienstbaarheid” bevestigt dat. Een derde nadeel is dat door het verschuiven van de aandacht van onder andere de wetgever naar een open en transparante benoemingsprocedure, bestuurlijk draagvlak en vertrouwen van de onderwijsgemeenschap voorop is komen te staan. Dat kan contrair zijn met de behoefte aan het formuleren van specifieke profielkenmerken.

40 Autonomie verplicht 2012, Niet onwettig, wel onwenselijk 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 6, *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10 en Een lastig gesprek 2013.

41 *Niet onwettig, wel onwenselijk* 2013, p. 42-45. De commissie verwees daarbij nadrukkelijk naar: Tjeenk Willink 2012a, p. 196-198 en Tjeenk Willink 2012b, p. 199-202.

42 Onderwijsraad 2013c, p. 21-23.

43 Clevers 2015.

44 *Kamerstukken II* 2015/16, 34326 nr. 6, p. 1.

8.3.3 *Kwaliteitseisen*

A. Kwaliteitstoetsing door anderen dan de benoemingsgerechtigde

Soms wordt opgeroepen om voorafgaand aan de (her)benoeming een toetsing op de kwaliteit van bestuurders te verrichten door anderen dan de benoemingsgerechtigde. Gedacht wordt aan bijvoorbeeld de bestuurderseed en een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets zoals in de financiële sector wel gebruikelijk is.

De Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis brak in 2013 een lans voor de bestuurderseed in het onderwijs om zo de discussie over gewenst bestuurlijk gedrag aan te zwengelen. Bestuurders zouden volgens haar een eed moeten afleggen “ten overstaan van de stakeholders van de organisatie” en die eed zou in elk geval moeten zien op het “professioneel en ethisch verantwoord handelen” als bestuurder.⁴⁵ De minister van OCW noemde deze aanbeveling een interessant ritueel dat goed kon passen bij een heroriëntatie op publieke waarden.⁴⁶ De minister van OCW gaf echter aan dat de brancheorganisaties eerst aan zet waren bij de ontwikkeling van die eed.⁴⁷ Tot op heden is het van die aanzet niet gekomen. Wel gaan sommige branchecodes nadrukkelijker in op de door bestuurders mede te dienen publieke belangen.⁴⁸ In de Code goed onderwijsbestuur van de VO-raad is bijvoorbeeld opgenomen dat van bestuurders wordt verwacht dat in hun gedrag tot uiting komt dat zij de wet naleven “in de geest van wat passend en gewenst is bij het publieke karakter van de organisatie”.⁴⁹ Aandachtspunt van de bestuurderseed is dat het eigenlijk weinig toevoegt aan het gegeven dat een bestuurder reeds bij de aanvaarding van zijn bestuurstaak de verplichting op zich neemt om zijn bestuurstaak behoorlijk te vervullen en zich te richten naar het belang van de onderwijsorganisatie in de zin van duurzame en bestendige waardecreatie. Toevoeging van een eed is in dat licht bezien vooral moralistische *window dressing*.

Een ook wel geopperde variant is het vooraf toetsen van de geschiktheid en de betrouwbaarheid van bestuurders door de overheid. In de financiële sector hebben DNB en AFM die bevoegdheid. Krachtens artikel 3:8 en 3:9 Wet op het financieel toezicht is een van de vergunningsvoorwaarden voor banken, pensioenfondsen en verzekeraars dat hun beleidsbepalers door DNB of AFM geschikt en betrouwbaar zijn bevonden. Die betrouwbaarheid wordt beoordeeld op basis van voornemens en handelingen van de beleidsbepaler en hierbij wordt ook gekeken naar de strafrechtelijke, financiële, fiscaal bestuursrechtelijke

45 *Niet onwettig, wel onwenselijk* 2013, p. 44.

46 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 6, p. 5-6.

47 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 9, p. 31-32.

48 *Branchecode MBO* 2015, p. 6-7, zie i.h.b. principes en uitgangspunten 2.2-2.5.

49 *Branchecode VO* 2015, p. 8.

antecedenten en het arbeidsverleden.⁵⁰ De competenties worden niet alleen getoetst op basis van kennis maar ook op basis van vaardigheden en professioneel gedrag: “Het functioneren van een beleidsbepaler in de (dagelijkse) praktijk vormt de lakmoesproef voor geschiktheid”.⁵¹

Er gaan soms stemmen op om ook voor bestuurders en toezichthouders bij organisaties in de zorg- en onderwijssector een dergelijke toets te introduceren.⁵² Een eerste vraag is of een dergelijke toets in het onderwijs administratief wel realistisch is. Alleen in het primair en voortgezet onderwijs gaat het al om circa 1700 bestuurders plus een veelvoud aan intern toezichthouders. Onderwijsrechtelijk roept het voor het openbaar onderwijs vragen op over de verhouding van zo’n toets tot de benoemingsrechten van de gemeenteraad (po en vo) en de minister van OCW (openbare universiteiten). In het bijzonder onderwijs staat vooral de vrijheid van onderwijs in de weg aan toetsing. Toetsing vooraf van de kwaliteit en geschiktheid van bestuurders zou neerkomen op een indirecte vergunningsplicht. Deze bezwaren worden nog pregnanter als de toets zou worden verricht door de overheid en open geformuleerde subjectieve normen bevat als gedrag en integriteit. Een dergelijke toetsing is bovendien kwetsbaar voor kritiek op de opportuniteit, noodzakelijkheid en gedegenheid van het gehanteerde beoordelingskader.⁵³

De rechtsbescherming van bestuurders tegen negatieve toetsingsbesluiten is ook een aandachtspunt. Roth en Soepnarain wijzen er voor de financiële sector op dat niet de bestuurder zelf een rechtsverhouding heeft met de overheid maar de onder extern toezicht staande organisatie.⁵⁴ Dat geldt ook voor het onderwijs. Ook in het onderwijs is het de onderwijsorganisatie die extern verantwoording aflegt en niet de bestuurder als individueel natuurlijk persoon. Een externe kwaliteitstoetsing door de overheid van de geschiktheid of betrouwbaarheid doorkruist dan het interne toezicht en de daarmee gepaard gaande wettelijke taken en bevoegdheden van de raad van toezicht.

B. Statutaire kwaliteitseisen

Onderwijsorganisaties maken soms zelf gebruik van het in de statuten opnemen van kwaliteitseisen. Kwaliteitseisen zijn eisen waaraan te benoemen bestuurders hebben te

50 Artikelen 5-9 Besluit prudentiële regels Wft en artikel 1.2 Beleidsregel geschiktheid 2012 (Stcrt. 2012, nr. 13546, 3 juli 2012).

51 Toelichting bij Beleidsregel geschiktheid 2012 (Stcrt. 2012, nr. 13546, 3 juli 2012, p. 13).

52 Zie voor voorbeelden in de zorg: *Kamerstukken II* 2011/12, 31016, nr. 30 (aangenomen motie-Gerbrands inzake bestuurderstoets) en *Kamerstukken II* 2013/14, 32012, nr. 15, p. 8. Zie ook Klaassen 2014.

53 Vgl. Nuijten in Rb. Rotterdam 16 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1850, *JOR* 2015/110 m.nt. S.M.C. Nuijten (Bestuurder Delta Lloyd/DNB) en Addink 2013. Zie specifiek voor het onderwijs in vergelijkbare zin Onderwijsraad 2016, p. 19-22.

54 Roth & Roepnarain 2014, nr. 95.

voldoen bij hun benoeming en die bij een verlies reden kunnen zijn voor het defungeren als bestuurder.⁵⁵ Voorbeelden van statutaire kwaliteitseisen zijn het zijn van katholiek of het woonachtig zijn in een specifieke regio.⁵⁶ Het doel van statutaire kwaliteitseisen is divers. Soms dient het ter bescherming van de bijzondere identiteit van het onderwijs, het bevorderen van de lokale verbondenheid met overheden en bedrijfsleven en/of het vergroten van het lokaal draagvlak. Een andere valide reden kan zijn dat een statutaire kwaliteitseis de bestuurlijke samenwerking met een andere rechtspersonen borgt.

De onderwijswet- en regelgeving bevat voor het hanteren van statutaire kwaliteitseisen geen nadere bepalingen. Dat sluit aan bij de vrijheid die ook het verenigingen- en stichtingenrecht biedt.⁵⁷ De formulering van statutaire kwaliteitseisen luistert wel nauw. Zij moeten liefst objectief zijn, moeten het mogelijk maken om redelijkerwijs en tijdig in de benoeming van bestuurders te voorzien en mogen niet strijdig zijn met enige wettelijke bepaling.⁵⁸ Zo wordt de kwaliteitseis dat een persoon bestuurder is op het moment dat hij aan een gestelde kwaliteit voldoet, als strijdig gezien met het uitgangspunt dat voor een benoeming altijd een aanvaarding door de beoogd bestuurder is vereist.⁵⁹

C. Wettelijke bekwaamheidseisen voor bestuurders op basis van de Wpo en Wvo

Onverminderd voormelde kritiek op een eventuele externe kwaliteitsstoetsing bieden de Wpo en de overheid opmerkelijk genoeg wel enige ruimte om toch nadere bekwaamheidseisen vast te stellen. Dit is het onvermoede gevolg van de Wet goed bestuur, goed onderwijs waarin werd geregeld dat bestuurders die benoemd worden door een raad van toezicht en die een arbeidsovereenkomst hebben met de onderwijsorganisatie, de status van personeelslid kregen (artikel 1 Wpo en artikel 1 Wvo).⁶⁰ Die toevoeging beoogde de omvang van de beloningen van bestuurders te beperken, maar had ook als effect dat zij als personeelsleden hebben te voldoen aan de voor hen eventueel nader uit te werken bekwaamheidseisen voor werkzaamheden van leidinggevende aard (artikel 32a lid 2 Wpo en artikel 36 lid 2 Wvo).

Tot op heden is de overheid niet overgegaan tot een dergelijke uitwerking van bekwaamheidseisen. In 2013 adviseerde de Onderwijsraad dit alsnog te doen in vervolg op voorstellen van de Onderwijscoöperatie.⁶¹ Aandachtspunt is echter dat ook nu de aan bestuurders te stellen bekwaamheidseisen al snel open formuleringen zullen bevatten. Om die reden oordeelde de Raad van State eerder al in 2005, mijn inziens terecht, dat bekwaamheidseisen

55 Anders Asser/Rensen, 2012 (2-III*), nr. 155 en 338.

56 Zie www.nksr.nl

57 Asser/Rensen, 2012 (2-III*), nr. 155 en 338.

58 Vgl. HR 19 maart 1976, NJ 1978/52 (Smits/Scheepswerf).

59 Asser/Rensen, 2012 (2-III*), nr. 155 en 337 en Overes in Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 204.

60 Wet goed onderwijs, goed bestuur (Stb. 2010, 80; dossier 31828).

61 Onderwijsraad 2013d, p. 5.

zich eigenlijk niet lenen als bekostigingsvoorwaarden omdat zij moeilijk “naleefbaar, controleerbaar en handhaafbaar zijn”.⁶² Tezamen met voormelde kritiek op externe kwaliteitstoetsing, pleit dat voor het schrappen van deze verwijzing.

8.3.4 *Negatieve kwaliteitseisen*

Naast de hiervoor benoemde positieve kwaliteitseisen is sprake van een drietal (voorgestelde) negatieve kwaliteitseisen: (a) bestuursverbod, (b) maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef, (c) maximumaantal functies en (d) onverenigbaarheden en belangenverstrengeling.

A. Bestuursverbod

Het voor bestuurders geldende bestuursverbod komt in twee varianten: (1) het bestuursverbod als stichtingsbestuurder na ontslag wegens wanbeheer (artikel 2:298 BW) en (2) het bestuursverbod voor bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen die zich de drie jaar voorafgaand aan een faillissement van die rechtspersoon naar het oordeel van de Rechtbank schuldig hebben gemaakt aan “kennelijk onbehoorlijk bestuur” (artikel 106a Faillissementswet Nieuw).⁶³

Er is tot op heden één voorbeeld in het onderwijs bekend waarbij bestuurders van een onderwijsorganisatie ook daadwerkelijk door de Rechtbank zijn ontslagen wegens wanbeheer als bedoeld in artikel 2:298 BW.⁶⁴ De verwachting is wel dat reikwijdte van het bestuursverbod wegens wanbeheer als bedoeld in artikel 2:298 BW wordt verruimd. Dit blijkt uit het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.⁶⁵ Het is de bedoeling dat de gronden voor ontslag door de rechtbank worden verruimd en de toelichting geeft nadrukkelijk aan dat de kring van belanghebbenden die om ontslag kunnen verzoeken ruim wordt opgevat.⁶⁶

De tweede variant, het civielrechtelijk bestuursverbod na faillissement wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, treedt in 2016 in werking (artikel 106a Faillissementswet).⁶⁷ Een faillissement van een onderwijsorganisatie is uitzonderlijk, maar niet onmogelijk. In 2011

62 Raad van State, Advies W05.05.0034/III, 4 april 2005.

63 Stb. 2016, 153 (Wet Civielrechtelijk bestuursverbod; dossier 34011).

64 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138 (IS Helmond) en Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002 (IS Helmond).

65 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

66 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 35.

67 Stb. 2016, 153 (Wet Civielrechtelijk bestuursverbod; dossier 34011).

ging bijvoorbeeld een basisschool in Maarssen failliet (Jenaplanschool De Regenboog).⁶⁸ Over de samenloop tussen beide varianten merkte de regering in 2015 op dat de gronden voor de rechtvaardiging van een civielrechtelijk bestuursverbod specifiek faillissement gerelateerd zijn, dat het voorgestelde civielrechtelijke bestuursverbod op bestuurders van alle rechtspersonen (dus niet alleen de stichting) en dat de oplegging ervan ertoe leidt dat iemand niet alleen geen bestuurder kan worden maar ook geen commissaris.⁶⁹

In 2014 heeft de Onderwijsraad op verzoek van de staatssecretaris van OCW bestudeerd of het mogelijk was te voorkomen dat ‘falende bestuurders en toezichthouders’, in elk geval op korte termijn, na dit falen weer bestuurder of toezichthouder konden worden bij een andere onderwijsorganisatie. Gedacht werd bijvoorbeeld aan een bestuursverbod na een aan de onderwijsorganisatie gegeven aanwijzing. De Onderwijsraad gaf echter aan dat de urgentie voor zo’n bestuursverbod bij een aanwijzing, mede gelet op de aangekondigde verruiming van artikel 2:298 BW en de mogelijkheid om bij een aanwijzing de aanspraak op de bekostiging van nieuwe scholen te beperken, niet aanwezig was. De Onderwijsraad merkte in dit verband op dat een dergelijk bestuursverbod tot extra rechtsbescherming noopte bij de inzet van de aanwijzingsbevoegdheid gelet op de mogelijkheid dat het onderliggende besluit als *criminal charge* moest worden aangemerkt.⁷⁰ De regering nam dit advies van de Onderwijsraad over.⁷¹

B. Maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef als wettelijk voorschrift?

Een recente wens is om in de onderwijswetgeving de bekostigings- of erkenningsvoorwaarde op te nemen dat het profiel van bestuurders moet uitgaan van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef. De achtergrond van deze voorstellen is vooral te herleiden tot incidenten in het islamitisch onderwijs. Zo is in het in 2016 ingediende wetsvoorstel Wet bescherming namen en graden hoger onderwijs de voorwaarde opgenomen dat de minister van OCW de rechten aan een opleiding kan ontnemen indien de bestuurders of andere vertegenwoordigers van de aanbiedende instelling zich gedragen of uiten op discriminatoire wijze.⁷² De toevoeging in dit wetsvoorstel vindt zijn oorsprong bij uitlatingen van betrokkenen bij de (niet-bekostigde) Islamitische Universiteit te Rotterdam. De Raad van State reageerde afwijzend op het voorstel en wees in een kritische reactie nadrukkelijk op de van de overheid en wetgever verlangde terughoudendheid bij het formuleren van dergelijke wettelijke deugdelijkheidseisen.

68 *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 998.

69 *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6, p. 3.

70 Onderwijsraad 2014d, p. 5.

71 *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 57, p. 3.

72 Artikel 1.3 lid 5 Whw Nieuw (*Kamerstukken I* 2016/17, 34412, nr. A).

“Het bepalende uitgangspunt in ons grondwettelijke onderwijssysteem is dat het geven van onderwijs vrij is. De overheid is gehouden, ook bij het treffen van wettelijke maatregelen, terughoudendheid te betrachten. De stelling dat de Nederlandse overheid verantwoordelijkheid draagt voor het hoger onderwijs en dat studenten op grond daarvan vertrouwen moeten kunnen stellen in de instellingen die dit onderwijs geven, kan slechts worden ingevuld binnen die beperkende randvoorwaarde. De kern daarvan is dat overheidsingrijpen slechts gerechtvaardigd is, indien dat noodzakelijk is om de deugdelijkheid van het onderwijs te garanderen.

Indien een uitbreiding van de mogelijkheid om sancties te treffen wordt overwogen zonder dat de kwaliteit van het onderwijs in het geding is, wordt een grondwettelijke grens overschreden. Daarnaast past de overheid in ons grondwettelijke systeem terughoudendheid bij de beoordeling van uitingen en is de vraag of een bepaalde uiting als discriminatie moet worden gezien overgelaten aan de strafrechter.”⁷³

De Raad van State koos voor het uitgangspunt dat elke wettelijke deugdelijkheidseis direct te herleiden moet zijn tot de kwaliteit van het onderwijs en daarin ook zijn noodzaak moet vinden. Het kabinet lijkt echter voorstander te zijn van een rekkelijker benadering. Zij stelde zich op het standpunt dat (1) de verantwoordelijkheid van de overheid voor het borgen van de kwaliteit van het hoger onderwijs verder strekt dan alleen de kwaliteit van het onderwijs en (2) dat het mogelijk moet zijn consequenties te kunnen verbinden aan wettelijke voorschriften, “ook als deze voorschriften niet direct de kwaliteit van opleidingen betreffen, maar daarmee hoogstens indirect in verband staan”.⁷⁴ Toch kent het uiteindelijke wetsvoorstel een indirecte verwijzing naar gedragingen van bestuurders. De voorgestelde voorwaarde is dat instellingen voor hoger onderwijs mede aandacht moeten schenken “aan de persoonlijke ontplooiing van hun studenten en de bevordering van hun maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef” en dat zij, “met inbegrip van degenen die hen formeel of informeel vertegenwoordigen, zich onthouden van discriminatoire gedragingen en uitlatingen”.⁷⁵

De zwart-wit benadering van de Raad van State kan ik niet helemaal volgen nu mijns inziens niet alleen de kwaliteit van het onderwijs een reden behoeft te zijn voor het formuleren van wettelijke deugdelijkheidseisen maar ook een zekere zedelijkheid van het onderwijs. De wetsgeschiedenis uit de negentiende eeuw biedt daarvoor voldoende aan-

73 *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, nr. 4, p. 8.

74 *Kamerstukken II* 2015/16, 34412, nr. 4, p. 9.

75 Artikel 1.3 lid 5 Whw Nieuw.

knopingspunten.⁷⁶ Deugdelijk onderwijs is onderwijs dat niet alleen kwalitatief op orde is maar ook noties betracht van burgerschap en past binnen de eisen van een democratische rechtsstaat. Bij het geven van onderwijs mag bijvoorbeeld ook worden verlangd dat sprake is van een sociaal veilige omgeving. Meer moeite heb ik met de evenredigheid en proportionaliteit van de voorgestelde en in de Whw op te nemen deugdelijkheidseis. Allereerst geldt dat een discriminatoire gedraging of uitlating van een individuele bestuurder of leidinggevende niet wil zeggen dat het onderwijs zelf kwalitatief niet op orde of onzedelijk is of anderszins door de onderwijsorganisatie de onderwijswetgeving niet wordt nageleefd. Ten tweede omdat als een bestuurder zich discriminatoir gedraagt of uitlaat, het strafrecht voldoende mogelijkheden biedt om de betreffende persoon ter verantwoording te roepen. De minister van OCW kan bij een dergelijke uitlating of gedraging aangifte doen; al dan niet tegen zowel de betrokken persoon als tegen de organisatie. Het oordeel is vervolgens aan de strafrechter.⁷⁷ Tot slot ontbreekt de urgentie. De uit artikel 106a Faillissementswet en artikel 2:298 BW volgende civielrechtelijke bestuursverboden en de introductie van een wettelijke verplichting voor bestuurders om te beschikken over een verklaring van goed gedrag, zoals het voorstel is van de Onderwijsraad, bieden voldoende ruimte om onbehoorlijk handelende bestuurders te weren.⁷⁸

Kritiek is ook te geven op de keuze om uitlatingen en/of gedragingen van een bestuurder of leidinggevende toe te rekenen aan de onderwijsorganisatie. Voor elke publiekrechtelijke sanctie gericht op een onderwijsorganisatie behoort in beginsel te gelden dat die onderwijsorganisatie zelf de wet niet moet naleven. Daarvan is bij een discriminatoire uitlating of gedraging van een bestuurder of leidinggevende in beginsel geen sprake. Hoogstens kan men stellen dat dergelijke uitlatingen of gedragingen kunnen leiden tot ‘ernstige vermoedens’ dat in de Whw opgenomen eisen met betrekking tot het wetenschappelijk karakter – of de in de Wpo en de Wvo opgenomen eisen met betrekking tot burgerschap en sociale veiligheid – niet zullen worden nageleefd door de onderwijsorganisatie.

C. Maximering aantal bestuurlijke en toezichthoudende functies

Een derde negatieve kwaliteitseis is de beperking van het aantal functies voor bestuurders van ‘grote stichtingen’. Dit bestuursverbod houdt in dat een persoon niet tot bestuurder van een ‘grote stichting’ kan worden benoemd als hij commissaris of niet-uitvoerend bestuurder is bij twee of meer grote rechtspersonen of voorzitter is van een raad van

76 *Kamerstukken II 1855/56 LIV*, nr. 3, p. 453: “Geen onderwijs is, hier te lande althans, denkbaar zonder dat zedelijkheid en godsdienstzin daarvan de grondslag en de strekking zijn. Maar dit is dan ook eene zoo algemeen erkende waardigheid, en vooral is elk onderwijzer daarvan zoo zeer doordrongen, dat eene wet op het onderwijs hieromtrent geene bepaalde voorschriften behoeft te geven.”

77 *Kamerstukken II 2015/16*, 34412, nr. 4, p. 9.

78 Onderwijsraad 2014d, p. 6. Zie ook Onderwijsraad 2016, p. 10.

commissarissen of voorzitter is van het bestuur van een andere grote rechtspersoon (en binnen dat bestuur de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders). Het bestuursverbod wegens het bereikt hebben van een maximaal aantal bestuurlijke en/of toezichthoudende functies is opgenomen in artikel 2:297a en 2:297b BW en geldt sinds 2011.⁷⁹ De reikwijdte van de maximering is beperkt tot de stichting, de BV en de NV. Dat betekent dat zij niet geldt voor verenigingen en publiekrechtelijke rechtspersonen. Die tellen niet mee. Een rechtspersoon is 'groot' als aan twee van de volgende drie voorwaarden wordt voldaan (waarde activa 17,5 miljoen; netto omzet 35 miljoen; meer dan 250 werknemers). Veel grotere onderwijsorganisaties voldoen hier al snel aan. De benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden telt als één benoeming (artikel 2:297a lid 3 onder b BW).

D. Onverenigbaarheden, belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang

De vierde negatieve kwaliteitseis ziet op onverenigbaarheden. Het algemeen rechtspersonenrecht geeft niet aan wanneer er voor bestuurders in elk geval sprake is van een onverenigbaarheid en/of verstrengeling van belangen. Wel geldt voor het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs dat een lid van het college van bestuur van een onderwijsinstelling niet tevens lid kan zijn van het college van bestuur van een andere vergelijkbare instelling in dezelfde sector (artikel 9.1.4 lid 2 Web, artikel 9.3 lid 6 Whw en artikel 10.2 lid 2 Web).⁸⁰ Voor de openbare universiteiten geldt dat een lid van het college van bestuur niet tevens decaan of opleidingsdirecteur kan zijn en ook geen lid kan zijn van de raad van toezicht van de eigen universiteit (artikel 9.3 lid 6 Whw).

In de Wpo en de Wvo zijn geen onverenigbaarheden benoemd. Wel hanteert de Code Goed Onderwijs Bestuur VO als richtlijn dat een toezichthouder niet benoemd kan worden tot (dagelijks) bestuurder bij dezelfde onderwijsorganisatie als waar hij toezichthouder is of is geweest. Een bestuurder kan ook niet tegelijkertijd de functie van intern toezichthouder vervullen bij een onderwijsorganisatie binnen de sector voortgezet onderwijs of de functie van intern toezichthouder vervullen bij een andere onderwijsorganisatie in een andere onderwijssector, tenzij het een ander voedingsgebied betreft.⁸¹ Hoewel het hier een pas toe of leg uit bepaling betreft, bevreemdt de bepaling omdat zij geen rekening houdt met groepsverbanden. Ook wordt geen rekening gehouden met de samenwerkingsverbanden passend onderwijs.

79 *Kamerstukken II* 2009/10, 31763, nr. 20 (amendement-Irrgang) en Wet bestuur en toezicht NV's en BV's (Stb. 2011, 275).

80 *Kamerstukken II* 2007/08, 30599, nr. 14.

81 *Branchecode VO* 2015, p. 11, richtlijn 2.5.

De lijst van onverenigbaarheden voor bestuurders is dus beperkt. Voor intern toezichthouders is dat iets anders. Voor hen geldt de positief geformuleerde norm dat zij hun taak “deugdelijk en onafhankelijk” moeten kunnen uitoefenen (artikelen 17c lid 2 Wpo, 24e1 Wvo, 9.1.4 lid 5 Web en 9.7/10.3d lid 4 Whw).⁸² Die positieve formulering wijkt af van het in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek gehanteerde negatieve criterium van ‘tegenstrijdig belang’ in de zin van een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon. In het algemeen rechtspersonenrecht wordt wel als *best practice* een onderscheid gemaakt tussen het in dat geval niet deelnemen aan de beraadslaging en het aanwijzen van een ander dan de bestuurder om de rechtspersoon te vertegenwoordigen.⁸³ De keuze van de onderwijswetgever voor een positieve formulering criterium leidt tot onnodige onduidelijkheid omdat niet is aangegeven wanneer een intern toezichthouder niet onafhankelijk is.⁸⁴ Dat maakt kwetsbaar voor oordelen achteraf, hetgeen pleit voor het vervangen van dit positief geformuleerde criterium van onafhankelijkheid door het in het algemeen rechtspersonenrecht gehanteerde negatieve criterium van ‘tegenstrijdig belang’.

Soms is het belangrijker om zekerheid te hebben over wat niet mag. Juist bij normen als onafhankelijk, onverenigbaar en belangenverstrengeling is al snel sprake van een dunne lijn en een morele component. Zo was bij de benoeming van een lid van de raad van toezicht van de HvA in 2013 sprake van een statutaire onverenigbaarheid wegens het lidmaatschap van de Eerste Kamer.⁸⁵ Na opmerkingen van de medezeggenschapsraad over deze onverenigbaarheid werd overgegaan tot een wijziging van de statuten van de HvA en werd de betrokken persoon alsnog rechtsgeldig benoemd. De problematiek bij belangenverstrengeling is daarnaast dat al snel verlangd wordt om ook de schijn van belangenverstrekking te voorkomen. Bij schijn is beeldvorming alles. Zelfs het doen van een interne melding bij de voorzitter van de raad van toezicht en het niet-deelnemen aan de beraadslaging is soms niet genoeg om achteraf toch in het openbaar met het verwijt te worden geconfronteerd dat sprake was van ongepast gedrag.⁸⁶ Om in dit soort situaties met meer gezag een besluit te kunnen nemen hebben de MBO Raad en het Platform Raden van Toezicht mbo-instel-

82 In de Wpo en de Wvo ontbreekt in de bewuste bepalingen de verwijzing naar de samenstelling van de raad van toezicht. Wel is in artikel 17b lid 2 Wpo en artikel 24e lid 2 Wvo de bepaling opgenomen dat een intern toezichthouder of een lid van het interne toezichthoudend orgaan onafhankelijk van het bestuur moet functioneren.

83 Zie o.a. 2:47 BW en het voorgestelde artikel 2:9 lid 5 BW Nieuw (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2).

84 Alleen voor het middelbaar beroepsonderwijs geldt in dit kader een negatief criterium: een lid van de raad van toezicht mag geen directe belangen hebben bij de instelling (artikel 9.1.4 lid 2 Web).

85 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1071.

86 Ter illustratie kan gewezen worden op het relaas naar aanleiding van het gegeven dat een lid van de raad van toezicht van Amarantis tevens lid was van de raad van toezicht van woningcorporatie De Key en werkzaam was bij het adviesbureau HEC. Zie *Niet onwettig, wel onwenselijk* 2013, p. 38-39 en de schriftelijke reactie van de betreffende persoon die als bijlage bij dit rapport is gevoegd.

lingen een klachtencommissie ingesteld die over dit soort vraagstukken bindend kan adviseren.⁸⁷ De Governancecommissie VO van de VO-raad vervult een enigszins vergelijkbare rol.⁸⁸ Verdere aanscherping met meer normatieve normen lijkt mij gelet op deze bezwaren en recente ontwikkelingen niet wenselijk.

8.3.5 *Beperkingen aan de benoemingstermijn?*

Het rechtspersonenrecht, de onderwijswetgeving en de vier branchecodes voor goed bestuur schrijven bij de benoeming van bestuurders geen benoemingstermijn voor en beperken deze ook niet. De mogelijkheid tot het al dan niet beperken van de benoemingstermijn wordt als gevolg vooral beïnvloed door het algemeen arbeidsrecht en dan vooral de ketenregeling voor opeenvolgende arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd.

Die ketenregeling heeft als gevolg dat in beginsel op enig moment sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (artikel 7:668 lid 1 onder b en artikel 7:668a lid 1 onder a en lid 5 BW). De ketenregeling is voor bestuurders wel iets minder stringent. Zo kunnen bestuurders gedurende 24 maanden meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hebben, omdat hun werkgevers “erbij gebaat kunnen zijn om na verloop van tijd de arbeidsrelatie met de bestuurder te kunnen beëindigen vanwege bijvoorbeeld een gewijzigde ondernemingsstrategie”.⁸⁹ Voor bestuurders van bijvoorbeeld onderwijsorganisaties zou volgens de regering minder noodzaak zijn voor bescherming omdat zij voldoende perspectief hebben op de arbeidsmarkt, voldoende toegang tot scholing en geen onzekere positie op de woningmarkt.⁹⁰ Van het andere deel van de ketenregeling – het maximumaantal van drie tijdelijke contracten (artikel 7:668 lid 1 onder b BW) – is niet afgeweken. Als een bestuurder meer dan drie termijnen een bestuursfunctie vervuld, zou volgens de regering verondersteld mogen worden “dat de band met de betreffende organisatie zodanig is dat de desbetreffende persoon de bescherming van een vast contract niet mag worden onthouden”.⁹¹ Deze innerlijke tegenstrijdigheid is merkwaardig. De Bock wijst er dan ook op dat de redenering van de regering arbitrair is.⁹² Waarom wel de ene afwijkingmogelijkheid en niet de andere? In beide gevallen kan er immers sprake zijn van (noodzakelijke) wijzigingen in de ondernemingsstrategie.

87 *Branchecode MBO* 2014, p. 14-15. De Vereniging Toezichthouders Woningcorporaties kent een vergelijkbare regeling: zie Adviesgroep bestuurlijke vraagstukken VTW, www.vtw.nl.

88 Zie www.vo-raad.nl/themas/goed-bestuur/job-cohen-voorzitter-governancecommissie-vo, ingezien op 1 oktober 2015.

89 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 96. Zie ook Houweling 2014, p. 23 en De Bock 2014.

90 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 13.

91 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8, p. 15.

92 De Bock 2014.

8.4 BEZOLDIGING BESTUURDER

8.4.1 Inleiding

De bezoldiging van bestuurders is met gerust hart een beladen thema te noemen.⁹³ Het thema bezoldigingsbeleid kwam begin deze eeuw naar voren nadat bleek dat er bij meerdere semipublieke instellingen sprake was van hoge beloningen, gouden handdrukken en weinig prudent declaratiegedrag.⁹⁴ In het onderwijs speelde dit voor het eerst echt op bij Inholland en iets later bij een decaan van de TU Delft.⁹⁵ Het gaat bij de beloningsdiscussie niet alleen over de omvang en de vormgeving van de bezoldiging maar ook over de bijbehorende arbeidsvoorwaarden, declaraties en eventuele ontslagvergoedingen.⁹⁶

De wetgever heeft uiteindelijk gemeend de bezoldiging van bestuurders van onderwijsorganisaties te moeten maximeren.⁹⁷ In paragraaf 8.4.2 staat de normering van de bezoldiging van de bestuurder door de WNT centraal en paragraaf 8.4.3 besteedt aandacht aan enkele nadere beloningsregelingen.

8.4.2 WNT

Na de voorloper van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt)⁹⁸ trad op 1 januari 2013 de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT).⁹⁹ De WNT stelt met ingang van 2013 voorwaarden aan de bezoldiging van topfunctionarissen in het onderwijs en is uitgewerkt in lagere

93 Brabants Dagblad, *Balkenende-norm is idioot*. Interview met Nout Wellink, 7 juni 2008, te raadplegen via www.brabantsdagblad.nl en A. Kersten, 'Het is een rommeltje met bestuurdersbeloningen' (redactioneel), *Onderwijsblad* 2014, nr. 15.

94 De eerste van die handdrukken die politiek veel aandacht kregen waren de gouden handdrukken voor procureur-generaal Van Randwijck in 1996, de voorzitter van het college van procureurs-generaal Docters Van Leeuwen in 1998 en de bestuursvoorzitter van het UWV Joustra in 2002.

95 Inspectie van het Onderwijs, *Belonen, besturen en toezicht bij hogeschool Inholland, Onderzoek naar beloningsbeleid/- uitvoering, enkele bedrijfsvoeringsaspecten en toezicht in de periode 2006-2010*, Utrecht, 6 juni 2011. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 321.

96 Ministerie van OCW, *Kabinet wil dat bestuurders sober en inzichtelijk declareren*, Nieuwsbericht OCW, 2 oktober 2015; terug te vinden via www.minocw.nl. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 3162.

97 Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Stb. 2012, 583; dossier 32600).

98 Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Stb. 2006, 95; dossier 30189). De Wopt is met ingang van 1 januari 2013 komen te vervallen.

99 Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Stb. 2012, 583; dossier 32600).

regelgeving.¹⁰⁰ Deze WNT is laatstelijk aangepast naar aanleiding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT (WNT-2).¹⁰¹ De verwachting is dat in 2016 een volgende aanpassingswet ter consultatie zal aangeboden welke de reikwijdte van de WNT verder verruimd naar algemene of functionele managers (WNT-3).¹⁰²

In aanvulling op de uit de WNT voortvloeiende normen zijn er voor elke onderwijssector nadere afspraken gemaakt. In het primair en voortgezet onderwijs is daartoe door de VTOI en de beide onderwijsbestuurdersverenigingen een cao voor bestuurders overeengekomen. Voor het middelbaar beroepsonderwijs heeft het Platform Raden van Toezicht mbo-instellingen in 2013 een Adviesregeling honorering toezichthouders mbo 2013 opgesteld en voor bestuurders van hogescholen stelde het Platform van toezichthouders van hogescholen in 2013 een honoreringscode op.¹⁰³

A. Kernbegrippen WNT

Topfunctionaris

De bij of krachtens de WNT geldende normen zijn van toepassing op alle topfunctionarissen van bekostigde onderwijsorganisaties en gelden ook voor de topfunctionarissen van koepelorganisaties. Het in artikel 1.1 onder b sub WNT gehanteerde begrip topfunctionaris is breder dan alleen bestuurders. Hieronder vallen naast de statutair bestuurders en de intern toezichthouders ook alle andere personen die belast zijn met dagelijkse leiding “van (...) de gehele instelling”.¹⁰⁴ In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat de WNT van toepassing is op “de groep van hoogst leidinggevend binnen een organisatie”.¹⁰⁵ Meer specifiek gaat het om (1) “leidinggevend op het hoogste niveau en leidinggevend belast met de dagelijkse leiding” en (2) die “mede leiding geven aan de hele organisatie”.¹⁰⁶

100 Stb. 2012, 624 (Uitvoeringsbesluit WNT); Stcrt. 2014, nr. 36379, 18 december 2014 (Uitvoeringsregeling WNT) en Stcrt. 2012, nr. 26223, 18 december 2012 (Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren).

101 Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT (Stb. 2014, 588; dossier 33978).

102 *Kamerstukken II* 2014/15, 30111, nr. 87.

103 *Adviesregeling honorering toezichthouders mbo 2013* en *Bezoldigingscode Bestuurders Hogescholen 2013*. De regelingen zijn te vinden via respectievelijk www.mboraad.nl en www.vereniginghogescholen.nl.

104 De WNT kiest voor een geheel eigen definitie. Burgers wijst er op dat de definitie enigszins lijkt op de definitie van ‘bestuurder’ in de WOT maar houdt het er voor dat topfunctionaris in de zin van de WNT een ruimer begrip is dan dat van de bestuurder in de Wor. Zie ook Burgers 2012, opmerking in noot 7. In de Wft wordt het begrip ‘beleidsbepaler’ gebruikt. Dit begrip is niet nader gedefinieerd, maar blijkens enkele toelichtingen verstaan DNB en de AFM hieronder dagelijks beleidsbepalers, medebeleidsbepalers en toezichthouders.

105 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 38.

106 *Kamerstukken I* 2011/12, 32600, nr. F, p. 15.

De minister van BZK merkte voorafgaand aan de invoering van de WNT op dat een decaan van een faculteit niet als topfunctionaris behoefde te worden aangemerkt omdat hij uitsluitend leiding geeft aan een onderdeel van de universiteit.¹⁰⁷ Deze opmerking roept de vraag op hoe het zit met directeuren van scholen in het primair en voortgezet onderwijs. In deze sectoren is immers – anders dan bij de meeste onderwijsorganisatie in het mbo en het hoger onderwijs – sprake van diverse onderwijsorganisaties die meerdere onderwijsinstellingen in stand houden. Bij een strikte uitleg van de nadere beantwoording van de regering zou men kunnen stellen dat ook voor directeuren van scholen in het primair en voortgezet onderwijs die onderdeel zijn van een complexe onderwijsorganisatie geldt dat zij topfunctionaris zijn. De wetsgeschiedenis geeft op geen duidelijk antwoord.

“Het gaat eigenlijk om de bovenste bestuurslaag en de laag direct daaronder. Het enkele feit dat iemand zich als decaan aanmerkt, sluit dat personage natuurlijk niet uit van de reikwijdte van de WNT. Ik zou willen verwijzen naar de precieze argumentatie zoals die ook in de toelichting is opgenomen, dus wanneer er onder de bovenste bestuurslaag verschillende functionarissen voor een deel van de organisatie verantwoordelijk zijn, ontstaat er een andere situatie. Maar als ergens op een business school onder de president iemand “dean” is van de hele business school, betekent het enkele feit dat zo iemand als decaan wordt aangeduid natuurlijk niet dat hij niet onder de reikwijdte van de wet valt.”¹⁰⁸

Uit het voorgaande leid ik twee vuistregels af. De eerste vuistregel is dat de WNT van toepassing is op de statutair bestuurders en op de interntoezichthouders van onderwijsorganisaties. De tweede vuistregel is dat de bovenste managementlaag direct onder het bestuur, voor zover zij belast zijn met taken en bevoegdheden die zien op de dagelijkse leiding van de gehele onderwijsorganisatie (denk aan de algemeen financieel directeur), ook onder de WNT vallen. Tot deze laatste groep behoren ook die personen die de directie vormen van de door de onderwijsorganisatie in stand gehouden onderwijsinstellingen op het moment dat die onderwijsorganisatie één tot een beperkt aantal onderwijsinstellingen in stand houdt.

In de situatie dat een onderwijsorganisatie meerdere aantal scholen in stand houdt, het regionaal opleidingscentrum een groot aantal MBO-colleges kent of een hogeschool of universiteit meerdere faculteiten heeft, ontstaat mijns inziens een andere situatie. In dat

107 *Kamerstukken I* 2011/12, 32600, nr. F, p. 15. Een aandachtspunt bij het voorbeeld van de decaan is wel dat het bij hogescholen en universiteiten niet heel ongebruikelijk is dat de bezoldiging van een lector of hoogleraar hoger is dan het WNT-maximum.

108 *Handelingen I* 2012/13, 6, item 7, p. 33-34.

geval zal de directeur van de organisatorische eenheid niet belast zijn met het ‘mede leiding geven aan de gehele organisatie’. Hij is dan immers niet verantwoordelijk voor heel veel meer dan de onderwijskundige leiding binnen de eigen school, eenheid of faculteit. De groep algemene functionarissen valt niet onder de reikwijdte van de WNT. De kans bestaat dat de WNT-3 het toepassingsbereik zal verruimen tot ook deze groep.¹⁰⁹

Bezoldiging en beloning

De WNT bepaalt dat de bezoldiging van een topfunctionaris per kalenderjaar ten hoogste 178.000 euro bedraagt (prijsspeil 2014; artikel 2.3 WNT). Voor de intern toezichthouders geldt een maximum van 10% en voor de voorzitter een maximum van 15% (artikel 2.2 WNT). Betalingen boven dit maximum zijn onverschuldigd betaald (artikel 1.6 lid 1 en lid 2 WNT).

Wat moet nu worden verstaan onder het begrip bezoldiging en beloning? De WNT hanteert in elk geval een ruime benadering. Onder bezoldiging worden begrepen de beloning, de belastbare onkostenvergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn (werkgeversdeel pensioenpremie). De beloning maakt hiervan onderdeel uit en omvat de periodiek betaalde beloningen (salaris) en de eventuele winstdelingen en bonussen. Die laatste twee vormen van beloningen zijn overigens bij onderwijsorganisaties niet mogelijk (artikel 2.11 WNT). Door de werkgever krachtens een cao betaalde sociale verzekeringspremies die niet op de beloning worden ingehouden behoeven niet tot de beloning te worden gerekend.

Omdat er in de praktijk veel onduidelijkheid was welke componenten van de arbeidsvoorwaarden nu tot de bezoldiging moesten worden gerekend, heeft de regering met ingang van 1 januari 2015 het bezoldigingsbegrip nader toegelicht in de Uitvoeringsregeling WNT.¹¹⁰ Uit de in deze regeling opgenomen opsomming volgt dat vrijwel alle fiscaal belaste betalingen en vergoedingen, al dan niet in natura, tot de bezoldiging moeten worden gerekend.¹¹¹ Er gelden vijf uitzonderingen: de reserveringen voor de vakantietoeslag, de afkoop van vrije dagen en sabbatical, de afkoopsom of opname van het levenslooptegoed en vergoedingen in het kader van de werkkostenregeling.

109 De toezichthouders van de universiteiten maken zich over het effect van een dergelijke verruiming op het aantrekken van de topwetenschappers (al dan niet als decanen) overigens zorgen. Zie J. Cohen, Voorzitter Raad van Toezicht Wageningen UR, *Open brief aan minister van OCW. Rol raden van toezicht*, Wageningen, 9 september 2015; terug te vinden via www.scienceguide.nl/201509/toezichthouders-wo-stellen-eisen.aspx.

110 Stcrt. 2014, nr. 36379, 18 december 2014 (Uitvoeringsregeling WNT).

111 Anders gezegd, betalingen verband houdende met gedeclareerde bonnetjes behoren niet tot de bezoldiging. Het verstrekken een leaseauto die de topfunctionaris ook in privé wordt gebruikt, behoort weer wel tot de bezoldiging want is een belaste vergoeding (bijtelling).

Uitkering wegens beëindiging dienstverband

Naast de begrippen topfunctionaris, bezoldiging en beloning kent de WNT nog het kernbegrip ‘uitkering wegens beëindiging dienstverband’. Voor uitkeringen wegens beëindiging dienstverband is in de WNT een zelfstandige maximering opgenomen van 75.000 euro (artikel 2.10 WNT). In ieder geval de vergoeding wegens einde dienstverband, de betalingen in het kader van de afvloeiingsregeling en de door een rechter vastgestelde uitkeringen wegens einde dienstverband zijn onderdeel van deze uitkering.¹¹² Uitkeringen wegens einde dienstverband die voortvloeien uit een avv verklaarde cao of wettelijk voorschrift, hoeven ook niet te worden meegerekend. Het moet wel gaan om vaste en tussen partijen niet onderhandelbare uitkeringen.¹¹³

Indien de rechter tot een hogere uitkering (ontslagvergoeding) komt dan voornoemd maximum, is het meerdere niet onverschuldigd (artikel 1.6 lid 2 WNT). In hoeverre de rechter gebruik zal gaan maken van de mogelijkheid een hogere uitkering toe te kennen dan het WNT-uitkeringsmaximum valt niet met zekerheid te zeggen. Rechters hebben enkele malen onder verwijzing naar artikel 1.6 lid 2 WNT een hogere vergoeding toegekend wegens het onbillijke arbeidsrechtelijk resultaat maar in een aantal andere gevallen werd juist weer aansluiting gezocht bij het WNT-uitkeringsmaximum.¹¹⁴ De Inspectie van het Onderwijs heeft in 2014 ook enkele uitkeringen wegens einde dienstverband beoordeeld.¹¹⁵ De opstelling van de Inspectie van het Onderwijs geeft daarbij aanleiding voor het adagium: “bij twijfel niet doen en bij twijfel verplicht alleen een uitspraak van de rechter tot betaling”. De vraag is of de reeds daaruit voortvloeiende voorzichtigheid en de wens om de negatieve

112 Artikel 34 lid 1 Uitvoeringsregeling WNT.

113 Nota van toelichting bij Uitvoeringsregeling WNT, p. 11 (Stcrt. 2014, nr. 36379, 18 december 2014).

114 Hogere uitkering: Rb. Midden-Nederland 1 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3826 (Directeur Woningbouwvereniging). Rb. Breda 20 juni 2013, RAR 2013/144; Rb. Oost-Brabant 13 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4252; Rb. Noord-Nederland 4 juli 2013, RAR 2013/143; Geen hogere uitkering werd toegekend in onder meer: Rb. Rotterdam 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8418; Rb. Rotterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8625 (Stichting Max Kinderopvang/bestuurder); Rb. Oost-Brabant 12 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5489; Rb. Amsterdam 5 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3535, en Rb. Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2095. Zie ook Verburg 2013 en Charbon 2013.

115 Inspectie van het Onderwijs, *Besluit tot correctie rijksbijdrage 2011 inzake Bestuur Lauwers en Eems Noord-Groningen*, Utrecht, 23 mei 2014. Hoewel de WNT op 1 januari 2013 in werking trad, had de minister van OCW wel vanaf 2009 in enkele brieven aan de onderwijsorganisaties aangekondigd dat zij bezoldigingen en uitkeringen boven de toekomstige WNT-maxima als ondoelmatig beschouwde. In het kader van de correctie werd als motivering gewezen op het (toekomstige) WNT maximum en de uitleg van de daarin opgenomen begrippen bezoldiging en uitkering. De grondslag voor correctie werd gevonden in artikel 21 lid 2 Bekostigingsbesluit WVO 2011 (ondoelmatige besteding publieke middelen). Eenzelfde motivering treffen we aan bij Inspectie van het Onderwijs, *Besluit tot correctie rijksbijdrage 2011 inzake SCOPE Scholengroep*, Utrecht, 20 juni 2014. Al deze correcties zijn voor zover mij bekend uiteindelijk niet voorgelegd aan de bestuursrechter.

publiciteit gepaard met een gang naar de rechter in individuele gevallen niet tot onbillijke resultaten leidt.

B. WNT-maxima sector onderwijs

Op basis van de WNT kunnen voor bestuurders twee WNT-maxima worden onderscheiden:

1. De bezoldiging van een topfunctionaris bedraagt per kalenderjaar ten hoogste 178.000 euro (niveau 2015; WNT-maximum).
2. Voor uitkeringen wegens het beëindigen van een dienstverband geldt een zelfstandig maximum van 75.000 euro (WNT-uitkeringsmaximum).

Het WNT-maximum is met ingang van 1 januari 2015 verlaagd van 230.474 euro (2014) naar 178.000 euro (2015). Voor bestuurders bij universiteiten gold in 2015 een overgangsjaar.¹¹⁶ Het WNT-maximum kan per onderwijssector worden verlaagd door de minister van OCW (artikel 2.6 WNT). Dit deed de minister van OCW ook. Uit de Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren golden voor het jaar 2015 de volgende sectorale WNT-maxima:¹¹⁷

- PO: 164.551 euro
- VO: 178.000 euro
- MBO: 178.000 euro
- HBO: 178.000 euro
- WO: 230.474 euro (2015)/178.000 euro (2016)

Daarnaast kan de minister besluiten tot een verdere verlaging op basis van een indeling in klassen op basis van bijvoorbeeld de omvang (artikel 2.7 WNT). Bij een dergelijke indeling geldt wel een extra zorgvuldigheidsnorm.¹¹⁸ Een te rigide indeling kan leiden tot een ongerechtvaardigde inbreuk op het door artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermde eigendomsgenot.¹¹⁹ Van de mogelijkheid om over te gaan tot een indeling in nadere bezoldigingsklassen had de minister van OCW tot 2015 nog geen gebruik gemaakt. Hij ging er daarbij van uit dat organisaties van bestuurders en toezichthouders in het onderwijs dit zelf zullen doen middels nadere beloningscodes of cao.¹²⁰ Bezoldigingsklassen op basis van omvang waren reeds benoemd in de cao's voor bestuurders in het primair onderwijs

116 *Kamerstukken II* 2014/15, 33978, nr. 27, p. 5 en *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 991 (Kamervragen Van Dijk inzake topinkomens bestuurders universiteiten).

117 Stcrt. 2012, nr. 26223, 18 december 2012 (Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren) en Stcrt. 2014, nr. 36374, 23 december 2014 (wijziging Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren ivm WNT-2).

118 Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465 (Woningcorporaties/Staat), r.o. 4.41-4.49.

119 Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465 (Woningcorporaties/Staat), r.o. 4.41-4.49.

120 Nota van Toelichting bij Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren, p. 6-7 (Stcrt. 2012, nr. 26223, 18 december 2012).

en het voortgezet onderwijs.¹²¹ Bijzonder aan die beide cao's is overigens de aanbeveling om bij kleinere onderwijsorganisaties een beperkt aantal voltijdsbetrekkingen bestuurders (fte) te hanteren. Bij minder dan 2000 leerlingen wordt geadviseerd te kiezen voor 1.0 fte en bij een aantal leerlingen tussen de 2.000 en 4.000 is het advies te kiezen voor maximaal 2.0 fte.

C. Handhaving WNT in het onderwijs

Uit gegevens over het jaar 2013 bleek dat van de 1782 bestuurders in het onderwijs er 35 een hogere bezoldiging ontvingen dan volgend uit de WNT-(sector)maxima en dat van de 48 uitkeringen wegens einde dienstverband er 8 waren die boven het WNT-uitkeringsmaximum lagen.¹²²

Wat betekent het voor bestuurders van onderwijsorganisaties als hun bezoldiging hoger is dan enig bij of krachtens de WNT geldend maximum? De hoofdregel is dat de bijbehorende betaling onverschuldigd is (artikel 1.6 lid 1 en lid 2 WNT). Afspraken die daartoe verplichten zijn nietig, tenzij met instemming van de minister van OCW (artikel 2.4 lid 2 en artikel 2.6 lid 2 WNT), ter uitvoering van een gerechtelijke uitspraak (artikel 1.6 lid 2 WNT) of passend binnen het overgangsrecht (Afdeling 7 WNT).

De WNT kent een eigen handhavingsregime. Het is de Inspectie van het Onderwijs die namens de minister van OCW belast is met de handhaving in de onderwijssector.¹²³ Bij die handhaving kan zij, naast het doen van onderzoek en het openbaar maken van de gegevens, vier routes kiezen:

1. opleggen last onder dwangsom en terugvordering bij de (voormalig) topfunctionaris (artikel 5.4 lid 1 en artikel 5.5 lid 1 WNT);
2. opleggen last onder dwangsom bij de onderwijsorganisatie die een te hoge bezoldiging of uitkering heeft betaald aan de (voormalig) topfunctionaris en mogelijkheid tot verrekening (artikel 5.4 lid 1 en lid 3 WNT);
3. correctie rijksbijdrage ten nadele van de onderwijsorganisatie wegens onrechtmatige of ondoelmatige besteding/aanwending van de publieke middelen (onderwijswetgeving);
4. wijziging subsidievaststelling ten nadele van de onderwijsorganisatie wegens het niet voldoen aan de aan de bekostiging verbonden verplichtingen (artikel 4:49 lid 1 onder c Awb).

121 CAO bestuurders VO 2013 en CAO bestuurders PO 2014. Zie ook CAO bestuurders PO 2015, artikel 7.

122 Ministerie van BZK 2014, p. 14 en 18. De meeste overschrijdingen pasten binnen het overgangsrecht.

123 Artikel 6 Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren (Stcrt. 2012, 26223).

Ad 1) en ad 2) Last onder dwangsom, terugvordering en verrekening

De twee in de WNT beschreven handhavingroutes richten zich zowel op de topfunctionaris als op de onderwijsorganisatie. De route is aldus dat eerst door de Inspectie van het Onderwijs een waarschuwing wordt gegeven om te zorgen dat de onverschuldigde betaling ongedaan wordt gemaakt.¹²⁴ Als daaraan geen gevolg wordt gegeven, wordt aan zowel de topfunctionaris als aan de onderwijsorganisatie een last opgelegd. Als die aan beide partijen opgelegde last niet leidt tot een terugbetaling door de bestuurder aan de onderwijsorganisatie, dan is een dwangsom verbeurd (artikel 5:32b Awb). Voor wat betreft de onderwijsorganisatie kan de Inspectie van het Onderwijs besluiten dat de verbeurde dwangsom wordt verrekend met de bekostiging. Tevens kan de Inspectie van het Onderwijs overgaan tot het terugvorderen van het onverschuldigd betaalde bij de bestuurder.

De Raad van State adviseerde in 2011 om het door de overheid bij de topfunctionaris teruggevorderde bedrag te restitueren aan degene die het bedrag oorspronkelijk had betaald. Dit advies werd door de regering afgewezen met de opmerking dat in een dergelijk geval sprake zou zijn van een “instelling die al een dwangsom heeft verbeurd en daarmee volhardt in de onrechtmatige betaling”.¹²⁵ Dat dit in potentie een dubbele terugbetaling tot gevolg heeft en dat dit ten koste gaat van de publiek bekostigde activiteit, werd door de regering impliciet bevestigd.¹²⁶ Verzoeken van leden van de Tweede Kamer om nog zwaardere (straf)sancties op te leggen werden door de regering afgeraden.¹²⁷

Er zijn geen voorbeelden bekend waarbij aan onderwijsorganisaties of bestuurders op basis van de WNT is overgegaan tot het opleggen van een last onder dwangsom. Wel is in 2015 aan de hogeschool ArteZ en zijn interim-bestuurder verzocht tot terugbetaling van een in 2013 vermeend onverschuldigd betaald bedrag.¹²⁸

Een vraag in deze is welke onderzoeksprocedure van toepassing is. Is alleen Titel 5.2 Awb van toepassing of ook de Wot? Zou de Wot van toepassing zijn, dan gelden ook de in artikel 20 en 21 Wot geregelde procedure en openbaarmakingsverplichtingen. Artikel 3 Wot geeft aan dat het in de Wot geregelde toezicht door de Inspectie van het Onderwijs ziet op de krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften. Aangezien de WNT in artikel 1 Wot niet is aangewezen als onderwijswet suggereert dit dat de in de Wot uitgewerkte onderzoeksprocedure niet van toepassing is voor zover het betreft het toezicht op de

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 4, p. 16.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 4, p. 16-18.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 8, p. 29.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 8, p. 29-30.

¹²⁸ Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen rechtmatigheidsonderzoek WNT ArteZ*, Utrecht, 8 januari 2015 (Betaling interim-bestuurder); *Kamerstukken II* 2014/15, 30111, nr. 83 en *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1828.

naleving van de WNT. De huidige handelwijze van de Inspectie van het Onderwijs lijkt daarmee in strijd. In 2015 deed de Inspectie van het Onderwijs bijvoorbeeld onderzoek naar de bezoldiging en de uitkeringen wegens einde dienstverband van een ex-bestuurder van de VU.¹²⁹ De Inspectie van het Onderwijs wees in het onderzoeksrapport op de WNT als het wettelijk kader, maar de opzet van het onderzoek zelf geschiedde geheel langs de lijnen van artikel 15, 20 en 21 Wot. Het bewuste onderzoeksrapport werd ook actief openbaar gemaakt.

Ad 3) en ad 4) Bekostigingssanctie op basis van de onderwijswetgeving

In de jaren direct voorafgaand aan het jaar van inwerkingtreding van de WNT is meermaals gekozen voor handhaving van het beloningsbeleid via de route van de onderwijswetgeving zelf biedt in theorie ook routes voor handhaving. In elk geval in vijf gevallen is door de Inspectie van het Onderwijs overgegaan tot een correctie van de rijksbijdragen over de jaren 2011 en 2012.¹³⁰ De grondslag voor deze correctie werd steeds gevonden in de uit de onderwijswet- en regelgeving volgende verplichting om publieke middelen niet alleen rechtmatig, maar ook doelmatig te besteden en/of aan te wenden. De Inspectie van het Onderwijs wees er in de vijf onderzoeksrapporten op dat de minister van OCW er in 2009 en 2011 op had gewezen dat alle partijen – om reden van doelmatigheid – geacht werden aan te sluiten bij de cao en de aangekondigde WNT-maxima voor bezoldigingen. Een nadere analyse leert dat de overschrijdingsbedragen steeds vrij beperkt waren, dat er een spanning bestond tussen de uitleg van de onderliggende brieven van de minister van OCW in relatie tot de rechtsgeldige arbeidsovereenkomsten (die moeten worden nagekomen door de onderwijsorganisatie) en dat er onduidelijkheid heeft bestaan over de uitleg van de Bapo-regeling.

In 2015 oordeelde de Rechtbank Den Haag over het beroep van een onderwijsorganisatie tegen de correctie van de bekostiging over 2011 met het overschrijdingsbedrag.¹³¹ De onderwijsorganisatie stelde onder meer dat het hier een individuele incidentele uitgave

129 Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport bezoldiging en ontslagvergoeding bestuurder VU*, Utrecht, 25 april 2015.

130 Inspectie van het Onderwijs, *Besluit tot correctie rijksbijdrage 2011 inzake Bestuur Lauwers en Eems Noord-Groningen*, Utrecht, 23 mei 2014; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen doelmatigheidsonderzoek beloning bestuurder Scheepvaart en Transport College*, Utrecht, 13 mei 2014; Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van bevindingen doelmatigheidsonderzoek beloning bestuurder ROC van Amsterdam*, Utrecht, 28 oktober 2013; Inspectie van het Onderwijs, *Besluit tot correctie rijksbijdrage 2011 inzake RUG*, Utrecht, 18 juni 2013; Inspectie van het Onderwijs, *Besluit tot terugvordering rijksbijdrage 2012 inzake RUG*, Utrecht, 17 juni 2014; Inspectie van het Onderwijs, *Besluit tot correctie rijksbijdrage 2011 inzake SCOPE Scholengroep*, Utrecht, 20 juni 2014. Zie ook Rb. Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13161 (SCO Alphen aan den Rijn).

131 Rb. Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13161 (SCO Alphen aan den Rijn). Tegen de uitspraak is hoger beroep aangetekend. Zie ook par. 4.3.3.B.

betrof en dat de Inspectie van het Onderwijs niet bevoegd zou zijn onderzoek te doen naar de doelmatigheid van dergelijke uitgaven. Immers, artikel 21 Bekostigingsbesluit Wvo geeft slechts aan dat de Inspectie van het Onderwijs een “onderzoek kan instellen naar (...) de doelmatigheid van het beheer van de school”. Het doen van onderzoek naar een incidentele uitgave is fijnmaziger dan “het beheer van de school”. De Rechtbank Den Haag overwoog echter dat de onderwijsorganisatie uitging “van een te letterlijke en te beperkte uitleg van de relevante bepalingen” en meende dat de Inspectie van het Onderwijs reeds onder verwijzing naar de Comptabiliteitswet 2001 onderzoek kon doen naar de doelmatigheid van besteding nu zij “ook op grond van deze wet verantwoordelijk is voor het toezicht op een rechtmatige en doelmatige besteding van collectieve middelen.”¹³²

Een fundamentele vraag is desalniettemin of met de inwerkingtreding van de WNT op 1 januari 2013 de onderwijswetgeving voor wat betreft het bezoldigingsbeleid nog wel als zelfstandige handhavingroute kan dienen. Het hiervoor aangehaalde onderzoek van de Inspectie van het Onderwijs bij ArteZ en het daarop volgende verzoek tot terugbetaling lijken de indruk te bevestigen dat de route van de WNT als *lex specialis* geldt. Handhaving op grond van de WNT biedt blijkens artikel 5.4 lid 3 WNT bovendien de ruimte om verbeurde dwangsommen te verrekenen met bijvoorbeeld de rijksbekostiging. Vanuit het oogpunt geen onnodig onderscheid te maken tussen topfunctionarissen in verschillende maatschappelijke sectoren lijkt het raadzaam de route voor handhaving op basis van de onderwijswetgeving voor afgesloten te houden.

D. Mogelijke kritiek op de WNT

De keuze van de wetgever om te kiezen voor het wettelijk normeren van de bezoldiging van bestuurders is niet zonder kritiek. Die kritiek richt zich niet alleen op de noodzaak van de normering, de gevolgen voor de werving van bestuurders en intern toezichthouders, de hoogte van de bezoldiging of de effecten van die normering op de arbeidsvoorwaarden van het overige personeel. Kritiek is ook mogelijk op de inbreuk van de WNT op de autonomie en het eigendomsrecht.

Allereerst kan gesteld worden dat de ordening van de bezoldiging door de overheid een inbreuk maakt op de contractsvrijheid en daarmee op de arbeidsrechtelijke autonomie. De regering heeft de motivering voor de inbreuk gezocht door de WNT alleen van toepassing te laten zijn op topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector. Over deze afbakening is in het vervolg op het advies van de Commissie-Dijkstal uit 2008 vrij veel

132 Rb. Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13161, r.o. 5-6.

debat geweest.¹³³ De opmerking van de Raad van State in 2011 dat onvoldoende inzichtelijk was waarom de WNT noodzakelijk was, werd echter terzijde geschoven.¹³⁴ Dat deden regering en wetgever ook bij de WNT-2. Ook bij die wet stelde de Raad van State de rechtvaardiging en de noodzaak ter discussie.¹³⁵ Daarbij wees de Raad van State expliciet op de kort daarvoor in werking getreden WNT, de mogelijke onverenigbaarheid van de aanscherping met internationale verdragen, de bescherming van het ongestoord genot van eigendom, de contractsvrijheid en de vrijheid om collectief te onderhandelen.

Een tweede punt van kritiek betreft de inbreuk van de WNT op het door artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermde eigendomsrecht en de verhouding tussen dat recht en bestaande afspraken tussen bestuurders en onderwijsorganisaties. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM geeft aan dat elke natuurlijke persoon en iedere rechtspersoon recht heeft “op het ongestoorde genot van zijn eigendom”. Een inbreuk op dit eigendomsrecht is slechts mogelijk “in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en de algemene beginselen van internationaal recht”.

Het begrip eigendom moet ruim worden opgevat. De regering erkende dan ook in 2012 uitdrukkelijk dat de normering van de bezoldiging inderdaad een inbreuk vormde op het economisch eigendomsrecht.¹³⁶ Het bestaan van deze inbreuk op het eigendomsrecht wil echter niet zeggen dat die inbreuk ook onrechtmatig is. Om dat te kunnen beoordelen moet worden getoetst of de inbreuk voldoende gerechtvaardigd is. Het daarvoor te hanteren toetsingskader is of (1) de inbreuk bij wet is voorzien, (2) of de inbreuk een gerechtvaardigd algemeen belang dient (hierbij heeft de staat een ruime beoordelingsvrijheid) en (3) of de inbreuk voldoende proportioneel is (*fair balance*).¹³⁷ Barkhuysen en Van Emmerik gaven in 2009 aan dat zonder een (ruimhartige) overgangsregeling een ordening van het beloningsbeleid waarschijnlijk in strijd zou komen met de maatstaf van *fair balance*.¹³⁸ Mede naar aanleiding van dit advies koos de regering in de WNT voor een meerjarige overgangsregeling.¹³⁹ De Rechtbank Den Haag oordeelde vervolgens begin 2013 op vordering van de Nederlandse Vereniging van Zorgdirecteuren dat gelet op de overgangsregeling en het onbetwist laten van het verweer van de Staat dat bezoldigingen boven de Balkenendenorm

133 Commissie-Dijkstal 2008. Zie voor een verwoording van dit debat o.a. *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 4.

134 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 4, p. 3.

135 *Kamerstukken II* 2013/14, 33978, nr. 4, p. 3-4.

136 *Kamerstukken I* 2011/12, 32600, nr. F, p. 24. Zie ook Barkhuysen, Van Emmerik & Barentsen 2009.

137 Zie de opsomming van dit toetsingskader belicht vanuit de WNT door Grapperhaus 2012, par. 3.

138 Barkhuysen, Van Emmerik & Barentsen 2009, p. 19.

139 Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 30.

in de algemene maatschappelijke opvatting als excessief worden beschouwd, de inbreuk van het eigendomsrecht voldoende proportioneel was.¹⁴⁰

Niet elke inbreuk onder de WNT is echter gerechtvaardigd. Dit is bevestigd in de uitspraak NVZD/Staat van de Rechtbank Den Haag.¹⁴¹ De voor bestuurders van woningcorporaties gehanteerde getalsmatige criteria voor klassenindeling en normbedragen kon volgens de rechtbank ongerechtvaardigd zijn als zij onvoldoende rekening houdt met de zwaarte van de functie.

8.4.3 *Verdere regeling arbeidsvoorwaarden*

Naast de WNT bevat ook de onderwijswetgeving een nadere beperkende regeling van de arbeidsvoorwaarden van bestuurders. Niet alleen de aangestelde of benoemde schoolleider, directeur, rector, conrector, adjunct-directeur of leraar zijn personeelsleden in de zin van de Wpo of de Wvo, maar ook de bestuurders die zijn benoemd door een raad van toezicht en die een arbeidsovereenkomst hebben bij de onderwijsorganisatie (artikel 1 Wpo en artikel 1 Wvo). Door deze in 2010 ingevoerde nadere regeling is op bestuurders de algemeen verbindend verklaarde cao van toepassing. Het binnen de kaders van die cao vaststellen van de beloning is zelfs aangemerkt als bekostigingsvoorwaarde.¹⁴²

De doelstelling van het in 2010 onderbrengen van de bestuurder onder het begrip personeel was het verkrijgen van meer grip op de beloning van bestuurders. Eerder was onduidelijkheid ontstaan over de vraag of (1) bestuurders onder de reikwijdte van de sectorale cao's vielen, (2) of de personeelsgeleding een instemmingsrecht had met betrekking tot het salaris en (3) of sprake was van een adviesrecht voor de medezeggenschapsraad. Meerdere geschillencommissies hadden hierover verschillend geoordeeld.¹⁴³ Kanters adviseerde de onderwijswetgever vervolgens om expliciet vast te leggen dat bestuurders geen personeelsleden zijn in de zin van de sectorale cao.¹⁴⁴ De regering en de onderwijswetgever besloten echter anders. Die keuze werd gemotiveerd met de wens excessieve beloningen te voorko-

140 Rb. Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165, JAR 2013/49 m.nt. I. Janssen en JIN 2013/22 m.nt. I.C.M. de Boer en J.J.W. van Mens (NVZD/Staat).

141 Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14466 (VTW/Staat).

142 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 23.

143 Bezwarencommissie CAO-VO, 9 februari 2007, nr. 103358; te raadplegen via www.onderwijsgeschillen.nl en Geschillencommissie medezeggenschap voor het katholiek beroepsonderwijs, volwasseneducatie en voortgezet onderwijs Noord Nederland, 22 januari 2007, nr. BVE VO NN 07/01.

144 Kanters 2007, p. 26-28.

men.¹⁴⁵ Nut en noodzaak van de toevoeging is met de WNT komen te vervallen maar artikel 1 Wpo en artikel 1 Wvo zijn niet gewijzigd.

Een vervolgvraag is welke centrale arbeidsvoorwaardenregeling op de bestuurders in het primair en voortgezet onderwijs van toepassing zijn. In deze twee sectoren kennen we inmiddels vier voor bestuurders relevante cao's: de CAO PO 2014-2015, de CAO VO 2014-2015, de CAO Bestuurders PO 2015 en de CAO Bestuurders VO 2015-2016.¹⁴⁶ Een complexiteit bij het van toepassing zijn van de sectorale CAO PO en CAO VO is dat de PO-Raad en de VO-raad als partij bij de onderhandelingen over die sectorale cao de onderwijsorganisaties als leden kennen. Hierdoor ontstaat de vreemde situatie dat – op het moment dat bestuurders inderdaad onder die cao zouden vallen – bestuurders mede over hun eigen arbeidsvoorwaarden onderhandelen. Dat is niet alleen onhandig maar ook in strijd met de onderwijsrechtelijke bepaling dat het vaststellen van de bezoldiging een verantwoordelijkheid is van de raad van toezicht in zijn rol als werkgever (artikel 17c lid 3 Wpo en artikel 24e1 lid 3 Wvo).¹⁴⁷ Hoewel de AOb voorstander is van aansluiting van bestuurders bij deze twee sectorale cao's, betekenen deze twee feitelijkheden dat het mogelijkerwijs van toepassing zijn van beide algemene sectorale cao's tot ongemakken leidt.¹⁴⁸ De minister van OCW heeft dit laatste erkend.¹⁴⁹

Uiteindelijk hebben de Vereniging Toezichthouders Onderwijsinstellingen en de beide onderwijsbestuurdersverenigingen een traject opgezet om te komen tot cao's voor bestuurders in het primair en voortgezet onderwijs. De eerste cao voor bestuurders in het voortgezet onderwijs werd overeengekomen in 2011.¹⁵⁰ De cao voor bestuurders in het primair onderwijs volgde enige tijd later. De reactie van de minister van OCW op de initiatieven van de bestuurders en de toezichthouders was positief en de bedragen werden als

145 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 26-28. Zie hierover eerder *Kamerstukken II* 2008/09, 31889, nr. 3 (motie-Van Dijk en Besselink) en *Kamerstukken II* 2009/10, 31889, nr. 5, p. 4-5. In beide arbeidsvoorwaardenpakketten was en is de bepaling opgenomen dat personeelsleden als bedoeld in de onderwijswetgeving binnen de werkingssfeer van de sectorale cao's vallen.

146 Auteur gaat hierna uit van de volgende versies:

- PO-Raad, AOb e.a., *Collectieve Arbeidsovereenkomst 2014-2015 voor het Primair Onderwijs*, Utrecht, november 2014;
- VO-raad, AOb e.a., *CAO VO 2014/2015. Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het voortgezet onderwijs*, Utrecht, 17 juli 2014.
- VTOI en Bestuurdersvereniging VO, *CAO bestuurders VO 2015-2016*, Utrecht, 11 november 2015;
- VTOI en Bestuurdersvereniging PO, *CAO bestuurders PO 2015*, Utrecht, juni 2015.

147 *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, nr. 3, p. 28.

148 B. Hoogenboom (AOb), 'Plaats iedereen in vo onder één collectieve overeenkomst', 17 januari 2014, te raadplegen via www.aob.nl en D. Van der Zweep (AOb), 'Minister wil bestuurders niet dwingen in cao onderwijspersoneel', 4 februari 2015, te raadplegen via www.aob.nl.

149 *Kamerstukken II* 2011/12, 27923, nr. 133, p. 16

150 *CAO bestuurders VO 2011-2013*, Rotterdam/Den Haag/Zoetermeer, 13 oktober 2011; te raadplegen via www.vtoi.nl.

passend gezien.¹⁵¹ De totstandkomingsgeschiedenis, de werkingssfeer, de inhoud van de afspraken en de verschillen met de sectorale cao's zijn besproken door Lindeboom en Wiebosch.¹⁵² Beiden stonden positief tegenover de gemaakte afspraken, maar uitten wel hun zorgen over de problematiek van samenloop (*cherry picking*) en de gebrekkige representativiteit van de VTOI en de onderwijsbestuurdersverenigingen.¹⁵³ Politiek-bestuurlijk is lastig dat de bestuurders in de beide regelingen afzagen van een deel van hun secundaire arbeidsvoorwaarden (langere werkweek, minder vakantie, geen bovenwettelijke uitkering bij werkloosheid en afzien van BAPO) in ruil voor een binnen de WNT-maxima passend hoger basissalaris. Deze begrijpelijke uitruil leidde tot een discussie of niet toch meer bij de (ontwikkeling van de) beloning voor het reguliere onderwijspersoneel aangesloten moest worden.¹⁵⁴

Bestuurders die werkzaam zijn bij onderwijsorganisaties in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs kwalificeren niet als personeel in de zin van de Web of de Whw. Zij vallen dus ook niet onder de reikwijdte van de cao's in deze twee sectoren. Hierdoor zijn zij binnen de kaders van WNT vrij om op individuele basis afspraken te maken met de raad van toezicht in diens rol van werkgever. Wel zijn er voor bestuurders van regionale opleidingencentra en de hogescholen landelijke handreikingen opgesteld.¹⁵⁵ Die handreikingen zijn vastgesteld door de Vereniging Hogescholen respectievelijk de MBO Raad en afgestemd met vertegenwoordigers van de intern toezichthouders. De VSNU had in 2015 voor de bestuurders van universiteiten geen nadere richtlijnen vastgesteld.¹⁵⁶

8.5 ONTSLAG BESTUURDER

8.5.1 Inleiding

Bestuurders van onderwijsorganisaties met de rechtsvorm stichting of vereniging die statutair bestuurder zijn en een arbeidsovereenkomst hebben, hebben een dubbele rechtsbetrekking. In paragraaf 8.2 kwam dit ook aan de orde. Die dubbele rechtsbetrekking heeft

151 *Kamerstukken II* 2011/12, 27923, nr. 133, p. 14 en 16.

152 Lindeboom 2014, p. 8-9. Zie eerder Lindeboom 2012, p. 11-14, Wiebosch 2012 en Brussee 2013, p. 4.

153 Zie over de problematiek van samenloop ook: Krijgsman 2011, p. 18.

154 *Kamerstukken II* 2013/14, 31889, nr. 6; *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1019; *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 20 (motie-Van Meenen); *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 36 (motie-Van Meenen c.s.); *Kamerstukken II* 2013/14, 33495, nr. 58 en *Kamerstukken II* 2014/15, 33495, nr. 61.

155 *Adviesregeling honorering toezichthouders mbo* 2013 en *Bezoldigingscode Bestuurders Hogescholen* 2013.

156 Die noodzaak ontbreekt deels doordat de WNT al een duidelijk wettelijk kader bevat en een nadere onderverdeling in klassen tussen de bekostigde universiteiten weinig meerwaarde heeft gelet op hun onderlinge gelijkwaardigheid.

vooral bij het ontslag van stichtingsbestuurders betekenis. Voor het besluit tot rechtspersonenrechtelijk ontslag is een redelijke motivering vereist en voor het arbeidsrechtelijk ontslag een wettelijk benoemde reden. Het rechtspersonenrechtelijk ontslag en het arbeidsrechtelijk ontslag van de bestuurder worden hierna afzonderlijk besproken in paragraaf 8.5.2 en paragraaf 8.5.3.

In de praktijk gaat het bij het ontslag voor bestuurders vaak niet zozeer om de motivering of de reden van het ontslag, maar om de afwikkeling van de arbeidsovereenkomst en de eventuele ontslagvergoeding. In paragraaf 8.5.4 wordt aandacht besteed aan deze afwikkeling en de verschillende ontslagvergoedingen.

8.5.2 *Rechtspersonenrechtelijk ontslag bestuurder stichting of vereniging*

Het statutair ontslaan van een bestuurder van een stichting of vereniging is vrij eenvoudig. Degene die daartoe krachtens de statuten toe bevoegd is, neemt het besluit en de bestuurder hoeft niet in te stemmen met zijn ontslag. Voor het beëindigen van de rechtspersonenrechtelijke rechtsbetrekking volstaat een eenzijdige rechtshandeling.

In de statuten moet uiteraard wel zijn geregeld wie bevoegd is de bestuurder(s) van de onderwijsorganisatie te ontslaan (artikelen 2:47 lid 4 en 2:286 lid 4 BW). Zowel het rechtspersonenrecht als de sectorwetgeving gaan ervan uit dat de bevoegdheid tot benoeming en ontslag in één hand ligt.¹⁵⁷ In die gevallen dat de onderwijsorganisatie het raad van toezicht-model als bestuursmodel kent, schrijft de onderwijswetgever voor dat de bestuurders dienen te worden ontslagen door de raad van toezicht. Dit geldt voor alle bestuursvormen en is een bekostigingsvoorwaarde.

Het besluit tot rechtspersonenrechtelijk ontslag dient zorgvuldig te worden genomen. Dit betekent dat de in de wet en de statuten beschreven procedure moet worden gevolgd, dat een zelfstandige afweging van de relevante belangen moet plaatsvinden (daaronder begrepen die van de bestuurder) en dat de bestuurder in de gelegenheid moet worden gesteld om te worden gehoord te worden over het voorgenomen ontslagbesluit.¹⁵⁸ Dit zorgvuldigheidsvereiste volgt uit het rechtspersonenrecht en het daaraan niet voldoen kan

157 Zie de artikelen 17c lid 3 Wpo, 24e1 lid 3 Wvo, 9.1.4 lid 3 onder a Web en de respectievelijke artikelen 10.3d lid 2 onder a en 9.8 lid 1 onder a Whw. Bij de stichting voor primair en voortgezet onderwijs is dit ook beschreven in artikel 48 lid 12 Wpo en artikel 42b lid 12 Wvo.

158 Dit is wel uitgewerkt voor vennootschappen, maar niet voor stichtingen en verenigingen. Het horen is dan ook bij deze twee rechtsvormen vooral een eis van redelijkheid en billijkheid welke volgt uit artikel 2:8 BW en wordt vaak in statuten opgenomen. Rb. Utrecht 11 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD3548, JOR 2008/225 m.nt. M. Holtzer (Bakker/Vlist BV).

leiden tot de vernietiging van het ontslagbesluit (artikel 2:15 juncto 2:8 BW). Het rechtspersonenrecht kent anders dan het arbeidsrecht geen wettelijke opzegtermijn. Wel kunnen in de statuten termijnen zijn opgenomen.

De voornoemde zorgvuldigheidsvereisten en de toepasselijkheid van artikel 2:8 BW brengen tevens mee dat van degene die overgaat tot ontslag mag worden verlangd dat hij het ontslagbesluit motiveert en dat hij daarbij in redelijkheid de betrokken belangen afweegt. Ook bij een verschil van inzicht in de strategie, het ontbreken van onderling vertrouwen in de toekomst, de koers van de organisatie of een gebrek aan draagvlak binnen de onderwijsorganisatie is het mogelijk over te gaan tot beëindiging van de rechtspersonenrechtelijke betrekking. Het is voor het rechtspersonenrechtelijk ontslag niet vereist dat de motivering ligt in het persoonlijk functioneren van de bestuurder en ook geldt niet de voorwaarde dat de bestuurder een persoonlijk (ernstig) verwijt kan worden gemaakt.

8.5.3 *Arbeidsrechtelijke toetsing ontslag bestuurder*

A. Reguliere arbeidsrechtelijke ontslagbescherming: vooraf of achteraf?

In tegenstelling tot het rechtspersonenrechtelijk ontslag van bestuurders, gelden er bij het arbeidsrechtelijk ontslag meer wettelijke randvoorwaarden. Voor alle bestuurders met een arbeidsovereenkomst geldt dat, ongeacht de rechtsvorm van de onderwijsorganisatie, sprake moet zijn van een van de in artikel 7:669 BW benoemde redenen voor ontslag. Bij bestuurders van stichtingen moet dit op het oog, zolang de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen niet van kracht is, preventief worden getoetst door het UWV (artikel 6:671a BW) of de kantonrechter (artikel 6:671b BW).¹⁵⁹ Voor hen geldt immers in theorie dat het beëindigen van de arbeidsrechtelijke relatie van de bestuurder een afzonderlijk, tweede besluit vereist en op dit arbeidsrechtelijk ontslagbesluit is de reguliere ontslagbescherming voor werknemers van toepassing (Boek 7 Titel 10 BW).¹⁶⁰ De in 2015 in werking getreden Wet Werk en Zekerheid heeft hierin geen verandering gebracht.

De route van toestemming door het UWV staat open bij bedrijfseconomisch ontslag (artikel 6:669 lid 3 onderdeel a BW) of het bestaan van een redelijke grond voor ontslag in verband met ziekte (artikel 6:669 lid 3 onderdeel a BW). Alternatief voor deze route is dat een bij CAO aangewezen onafhankelijke geschillencommissie het verzoek beoordeelt (artikel 7:671 lid 1 en lid 2 BW). Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter op verzoek van de onderwijsorganisatie zal de rechter moeten beoordelen of sprake is van een wettelijk benoemde reden voor ontslag (artikel 7:671b BW). Die wet-

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 1-2.

¹⁶⁰ Vgl. Van der Ham 2008b, 50, Van der Ham 2010, p. 38 en De Bock 2014.

telijke gronden zijn limitatief benoemd in artikel 7:669 lid 3 BW. Als de rechter het verzoek inwilligt, dan bepaalt hij het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt en kan de rechter een zogeheten 'billijke vergoeding' toekennen. Zie over deze billijke vergoeding als vorm van ontslagvergoeding hierna paragraaf 8.6.5

Zowel het UWV als de kantonrechter zullen toetsen of herplaatsing mogelijk is of in de rede ligt (artikel 7:669 lid 1 BW). Bij bestuurders van onderwijsorganisaties ligt herplaatsing niet snel in de rede, maar toch is het niet geheel ondenkbaar. Een verzoek van een bestuurder om herplaatsing in een andere, lagere functie kan niet zonder meer af worden gewezen. Denk bijvoorbeeld aan de bestuurder van een onderwijsorganisatie die verzoekt om herplaatsing als directeur van een school of de universiteitsbestuurder die als wetenschapper wenst te blijven werken.

In het kader van de opzegging en instemming kunnen de onderwijsorganisatie en de bestuurder met elkaar nadere afspraken maken over het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de bijbehorende werkzaamheden en de ontslagvergoeding(en). Gebruikelijk is dat dit in een vaststellingsovereenkomst wordt vastgelegd, maar de eventuele schriftelijke instemming van de werknemer is vormvrij.¹⁶¹

Op het moment dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet kan worden uitgesproken door de rechter (artikel 2:37 lid 6 BW en voor stichtingsbestuurders artikel 2:9b lid 4 BW Nieuw), is het ontbreken van een wettelijke reden voor ontslag aanleiding voor de rechter om op verzoek van voormalig bestuurder een billijkheidsvergoeding toe te kennen (artikel 7:682 lid 3 onder a BW). Die toets vindt achteraf plaats en heeft eigenlijk alleen betrekking op de arbeidsrechtelijke consequenties. Veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst zelf is immers dan niet mogelijk.

B. Wettelijk benoemde grond als vereiste voor arbeidsrechtelijk ontslag

Het ontslagrecht gaat sinds de Wet Werk en Zekerheid uit van een gesloten stelsel van ontslaggronden. Slechts als sprake is van een van de limitatief in de wet benoemde redelijke grond voor opzegging kan de kantonrechter op verzoek overgaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:669 lid 3 BW). Specifiek voor bestuurders kan daarbij worden gewezen op de volgende wettelijke gronden:

- ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid (lid 3 sub d);
- verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (lid 3 sub e);
- verstoorde arbeidsverhouding (lid 3 sub g);

161 Ten Broeke e.a. 2014, p. 26-28.

- andere dan hiervoor genoemde redenen die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de overeenkomst te laten voortduren (lid 3 sub h).

Het gesloten stelsel brengt mee dat van de werkgever wordt verlangd aan te tonen dat de redelijke grond voldoende aannemelijk is. Dit heeft als praktisch effect dat van intern toezichthouders wordt verwacht dat zij het functioneren van de bestuurder met regelmaat zullen moeten evalueren en beoordelen, nadenken over bijscholing en/of ondersteuning of zo nodig wijziging van het takenpakket. Anders geformuleerd verplicht artikel 7:669 lid 3 BW tot het opbouwen van een dossier.

Bij het ontslag van een bestuurder zal het niet altijd eenvoudig zijn een in artikel 7:669 lid 3 BW beschreven redelijke grond aan te wijzen. Dit terwijl het voor de onderwijsorganisatie zelf wel waardevol kan zijn dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Verschillen van inzicht in de strategie en het beleid, het ontstaan van een vertrouwensconflict of het plotseling vervallen van draagvlak voor het functioneren als bestuurder (al dan niet door druk van buitenaf), kunnen aanleiding zijn voor het ontslag maar zijn niet genoemd als een van de wettelijke gronden voor ontslag.

Dit leidt tot de vraag welke wettelijke reden voor ontslag in dit soort situaties aangewezen kan worden. Onderwijsorganisaties zullen al snel wijzen op de reden van ‘verstoorde arbeidsverhouding’ (lid 3 sub g) of ‘andere redenen’ (lid 3 sub h). Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat de reden van ‘verstoorde arbeidsverhouding’ ernstig en duurzaam moet zijn.¹⁶² Met betrekking tot de zogeheten h-grond volgt uit de wetsgeschiedenis dat deze grond niet snel openstaat. Dat zou namelijk de met het gesloten systeem komende rechtszekerheid uithollen.¹⁶³ Een te open vangnetbepaling is niet beoogd en als voorbeelden werd in eerste instantie slechts gewezen op situaties van detentie en illegaliteit.¹⁶⁴ Die voorbeelden duiden op enige vorm van ‘eigen risico’. In de tweede ronde van de behandeling van het wetsvoorstel werd nog het voorbeeld genoemd van de voetbaltrainer. Die zou bij achterblijvende resultaten of een verschil van inzicht over het te voeren beleid moeten kunnen worden ontslagen, aldus de regering.¹⁶⁵

Verburg heeft gelet op het debat en de achtergrond van de h-grond de verwachting dat bij bestuurders de situaties ‘verschil van inzicht over het te voeren beleid’ en ‘botsende karakters’ waarschijnlijk onder de ‘h-grond’ kunnen vallen.¹⁶⁶ Ook Swelheim verwacht dat

¹⁶² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46 en 49.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 44.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46 en 99 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 44.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 130.

¹⁶⁶ Verburg 2015, p. 91-92, nt. 82.

de h-grond open zal staan bij verschillen van inzicht tussen bestuurders omtrent het te voeren beleid of situaties waarin een klik ontbreekt.¹⁶⁷ Dat zou betekenen dat bij het ontslag van bestuurders, de h-grond toch een duidelijk vangnet is. De komende jaren zal dit zich verder moeten uitkristalliseren.

Aandachtspunt is wel dat bestuurders waarvan de arbeidsovereenkomst al is opgezegd (en die dus niet de rechter kunnen verzoeken om herstel van de arbeidsovereenkomst), slechts achteraf kunnen opkomen tegen het ontbreken van een wettelijke reden en dan ook nog alleen in het kader van het verzoek tot toekenning van een billijkheidsvergoeding (artikel 7:682 lid 3 sub a BW). Verwacht mag worden dat niet veel ontslagen bestuurders geconfronteerd zullen willen worden met de negatieve publiciteit die waarschijnlijk gepaard gaat met het bij de rechter aanvechten van de gevolgen van het ontslag.

8.5.4 *Opzegtermijn en loondoorbetalingsverplichting*

A. Benoemingsduur en opzegtermijn

Het algemeen rechtspersonenrecht, de onderwijswetgeving, de vier branchecodes voor goed bestuur, de cao's voor bestuurders en de nadere regelingen omtrent de beloning van bestuurders schrijven niet voor dat bestuurders voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd moeten worden benoemd. Bestuurders en onderwijsorganisaties hebben dan ook binnen het arbeidsrecht de vrijheid hierover zelf nadere afspraken te maken; zulks binnen de grenzen van de ketenregeling (artikel 7:668a lid 1 onder a en lid 5 BW).

Het arbeidsrecht kent wel een wettelijke opzegtermijn. Tenzij sprake is van ontslag op staande voet (dringende reden) of ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, geldt voor elke vorm van opzegging een opzegtermijn van ten minste één maand (artikel 7:672 lid 2 BW). In een cao of in de arbeidsovereenkomst kunnen afspraken worden gemaakt over een langere arbeidsrechtelijke opzegtermijn dan de wettelijke. In de cao's voor bestuurders in het primair en voortgezet onderwijs is van die mogelijkheid ook gebruikgemaakt: bij een dienstverband tot 6 maanden geldt een opzegtermijn van één maand, bij een dienstverband tussen de 6 en de 12 maanden is sprake van twee maanden opzegtermijn en bij een langer dienstverband geldt een opzegtermijn van drie maanden.¹⁶⁸ Het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs kennen niet een vergelijkbare bepaling, als gevolg waarvan een eventueel langere opzegtermijn afhankelijk is van de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst.

¹⁶⁷ Swelheim 2014, par. 3.2.

¹⁶⁸ Is sprake van een dienstverband van 15 jaar of meer dan geldt een wettelijke opzegtermijn van 4 maanden.

Gedurende de arbeidsrechtelijke opzegtermijn heeft de onderwijsorganisatie een doorbetalingsverplichting en dient de bestuurder zich als goed werknemer beschikbaar te stellen voor het verrichten van werk. Deze opzegtermijn geldt voor alle bestuurders met een arbeidsovereenkomst ongeacht de rechtsvorm en kan slechts worden doorbroken als sprake is van een dringende reden.

Op het moment dat de bestuurder een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft, is een voorvraag of in de arbeidsovereenkomst of cao een tussentijds opzegbeding is opgenomen. Uit zowel de CAO Bestuurders PO als de CAO Bestuurders VO volgt dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst ook mogelijk is bij overeenkomsten voor bepaalde tijd.¹⁶⁹ Als door de onderwijsorganisatie met de bestuurder zo'n tussentijds opzegbeding is overeengekomen, dan is opzegging mogelijk mits sprake is van een van de in artikel 7:669 lid 3 BW benoemde redelijke gronden voor ontslag.¹⁷⁰ Is dat beding niet overeengekomen, dan dient voor de ontbinding een verzoek te worden gedaan bij de kantonrechter die alsdan toetst of zo'n ontslaggrond aanwezig is (artikel 7:671b BW).¹⁷¹

B. Loondoorbetalingsverplichting en WNT

De contractuele en arbeidsrechtelijke opzegtermijn geldt ook in die situaties dat de rechtspersonenrechtelijke rechtsbetrekking eindigt. Voor zover de beëindiging van de rechtspersonenrechtelijke rechtsbetrekking tevens een beëindiging van de arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking insluit, kan gesteld worden dat gedurende de duur van de opzegtermijn een loondoorbetalingsverplichting geldt. Aan de opzegtermijn is namelijk een bijbehorende loondoorbetalingsverplichting gekoppeld tot het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig eindigt.

Hoewel deze loondoorbetalingsverplichting geen onderdeel uitmaakt van de ontslagvergoeding, lijkt zij indirect wel relevant voor de berekening van de hoogte van de "uitkeringen wegens einde dienstverband" als bedoeld in de WNT. Uit artikel 2:10 lid 3 WNT volgt namelijk dat als een bestuurder gedurende de periode tussen de ontslagaankondiging en de arbeidsrechtelijke datum van ontslag geen taken meer vervult, de daarmee gemoeide betalingen moeten worden betrokken bij de berekening van het WNT-uitkeringsmaximum. Aangenomen mag worden dat artikel 2:10 lid 3 WNT niet te strikt moet worden gelezen.

169 Het ligt voor de hand dat ook in de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van bestuurders in het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs een vergelijkbare regeling wordt opgenomen.

170 Dit volgt uit de lezing van artikel 7:671b lid 8 en lid 9 BW. Vgl. ook de opmerking van D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid', *TRA* 2014/25 dat de tussentijdse opzegging uiteraard dient te voldoen aan de nieuwe regels. Bij het ontslag van een bestuurder voor bepaalde tijd moet dus niet alleen worden beoordeeld of sprake is van een tussentijds opzegbeding, maar ook of sprake is van een in artikel 7:669 lid 3 BW benoemde ontslaggrond.

171 Zie o.a. De Wolff 2014 & Duk 2014.

Cruciaal lijkt vooral te zijn of de bestuurder na zijn rechtspersonenrechtelijk ontslag zich beschikbaar stelt om gedurende de arbeidsrechtelijke opzegtermijn werkzaamheden te verrichten. Is dat het geval, dan gedraagt de bestuurder zich als goed werknemer en heeft hij krachtens het arbeidsrecht recht op loondoorbetaling. Wel lijkt de Inspectie van het Onderwijs enige waarde te hechten aan het daadwerkelijk verrichten van werkzaamheden door voormalig topfunctionarissen.¹⁷²

8.5.5 *Ontslagvergoedingen*

Op het moment dat een bestuurder wordt ontslagen, al dan niet met inachtneming van voormelde opzegtermijn, heeft de bestuurder in beginsel recht op een ontslagvergoeding. We kunnen in de praktijk – naast de loondoorbetalingsverplichting – vijf soorten ontslagvergoedingen onderscheiden:

- wettelijke transitievergoeding;
- contractuele ontslag- of transitievergoeding;
- billijkheidsvergoeding;
- vergoeding tot aanvulling van de WW;
- vergoeding ter dekking van een pensioentekort als gevolg van het ontslag.

Grapperhaus spreekt in dit verband van een stapeling van vergoedingen.¹⁷³ Voor alle vergoedingen geldt dat zij kwalificeren als ‘uitkering wegens einde dienstverband’ bedoeld in artikel 2.10 WNT. De WNT bepaalt voor bestuurders van onderwijsorganisaties dat een met hen overeen te komen contractuele ontslagvergoeding hoger dan een jaarsalaris tot een maximum van € 75.000 nietig is. Dit verbod richt zich tot de onderwijsorganisatie en tot de bestuurder als topfunctionaris. De ontslagvergoeding kan voorts slechts hoger zijn als de betaling voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak (artikel 1:6 WNT en artikel 2:10 WNT). Dit betekent dat voor elke betaling boven dit bedrag het noodzakelijk is voorafgaand de gang te maken naar de kantonrechter. De bestuurder kan daartoe een verzoek indienen wegens kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 of artikel 7:682 lid 3 BW) en de onderwijsorganisatie kan gebruikmaken van de route van ontbinding (artikel 7:671b BW).

Dit is niet de plek om uitgebreid stil te staan bij de specifieke kenmerken van de verschillende ontslagvergoedingen. De verwachting is ook dat gelet op de recente inwerkingtreding

172 Vgl. Inspectie van het Onderwijs, Definitief rapport onderzoek naleving WNT bij Stichting VU-VUmc (1), Utrecht, 28 april 2015, p. 10 en Inspectie van het Onderwijs, *Definitief rapport onderzoek naleving WNT bij Stichting VU-VUmc* (2), Utrecht, 28 april 2015, p. 7-8.

173 Grapperhaus 2014.

van de Wet Werk en Zekerheid dit terrein de eerstkomende jaren volop in ontwikkeling zal zijn. Om die reden wordt volstaan met een beperkt aantal opmerkingen.

Contractuele ontslag- of transitievergoeding bestuurders

Kunnen bestuurders met onderwijsorganisaties nadere afspraken maken in aanvulling op of in afwijking van de transitievergoeding? Het antwoord daarop is in beginsel ja. Deze contractsvrijheid geldt voor alle werknemers en werkgevers; dus ook voor bestuurders en onderwijsorganisaties. Sterker nog, Grapperhaus meent dat aangezien de mogelijkheid om contractueel afspraken te maken over een ontslagvergoeding die boven de wettelijke norm komen niet wettelijk is uitgesloten, “elke weldenkende werknemer (mits voldoende vaardig en positioneel sterk) bij aanvang dienstverband een contractuele afvloeiingsregeling [zal, MN] bedingen”.¹⁷⁴ Naast op individuele basis te maken afspraken over contractuele afvloeiing, kunnen ook bij cao afspraken worden gemaakt over de contractuele transitiekosten (artikel 7:673b lid 1 BW).¹⁷⁵ Echter, ook voor de contractuele transitievergoeding geldt dat de uiteindelijke betalingen wegens einde dienstverband, niet mogen leiden tot overschrijding van het WNT-uitkeringsmaximum van 75.000 euro.

Nu kan zich de omstandigheid voordoen dat partijen bij de beëindiging van de arbeids-overeenkomst een vaststellingsovereenkomst overeenkomen, waarvan zij in de veronderstelling verkeren dat wat zij overeen komen passend is binnen de WNT en achteraf blijkt dat dit niet het geval is. Hoe dan te handelen? Deze vraag kwam aan de orde in een uitspraak van de Kantonrechter Zutphen in 2014.¹⁷⁶ Die oordeelde dat “als beide partijen in de veronderstelling verkeren dat hetgeen zij in de overeenkomst hebben vastgelegd in overeenstemming is met de wet maar achteraf blijkt dat dit niet het geval is, dan (...) de overeenkomst toch geldig [is, MN]. Zij mogen daarbij echter niet de bedoeling hebben gehad tegen de strekking van de wet in te gaan, maar enkel bedoeld hebben hun onzekerheid of geschil op te heffen.”¹⁷⁷ In dit geval werd dus de positie van de bestuurder beschermd.

Specifiek voor het onderwijs geldt dat een uitbetaling van een contractuele transitievergoeding niet alleen rechtmatig moet zijn maar ook een doelmatige besteding van publieke

¹⁷⁴ Grapperhaus 2014.

¹⁷⁵ Deze wettelijke afwijkmogelijkheid biedt de onderwijsbestuurdersverenigingen in het primair en voortgezet onderwijs de mogelijkheid bij cao nadere afspraken te maken over de transitiekosten in de CAO Bestuurders PO en de CAO Bestuurders VO. Voor het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger onderwijs geldt dat het maken centrale afspraken hieromtrent slechts mogelijk is op het moment dat de verenigingen van de betreffende bestuurders ten minste twee jaar eerder zijn opgericht. Op 1 januari 2015 waren er voor bestuurders in het mbo, hbo en wo nog geen bestuurdersverenigingen.

¹⁷⁶ Kantonrechter Zutphen 19 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7684, RAR 2015/32 (WNT-terugvordering betaling na vaststellingsovereenkomst).

¹⁷⁷ Kantonrechter Zutphen 19 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7684, r.o. 7.7 en 7.11. Zie ook de verwijzing naar HR 21 april 1995, NJ 1997/570.

middelen moet inhouden.¹⁷⁸ Zeker tegen contractuele transitievergoedingen die passen binnen de WNT behoeft geen bezwaar te bestaan. Veel bestuurders in het onderwijs hebben bijvoorbeeld overeenkomsten voor bepaalde tijd, in de eerste 24 maanden wordt geen wettelijk recht op transitievergoeding opgebouwd, rechtspersonenrechtelijk ontslag is relatief eenvoudig en het ontslagbesluit is al snel openbaar. Dat brengt enige arbeidsrechtelijke kwetsbaarheid met zich mee en die kan zich redelijkerwijs vertalen in het maken van nadere contractuele afspraken.

Billijkheidsvergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werkgever

De zogeheten billijkheidsvergoeding door de rechter is een volgende vorm van ontslagvergoeding. De toekenning van een billijkheidsvergoeding is additioneel en biedt ruimte voor een extra correctie om redenen van billijkheid. De toets van de rechter bij bestuurders is of sprake is van (a) een beëindiging in strijd met artikel 7:669 BW, dus zonder een van de wettelijk benoemde redenen voor ontslag, of (b) ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ door de werkgever.¹⁷⁹ De regering noemde de toekenning van een billijkheidsvergoeding wegens ‘ernstige verwijtbaarheid’ het zogeheten “muizengaatje”.¹⁸⁰ De regering wenste deze mogelijkheid slechts open te stellen voor “uitzonderlijke gevallen”.¹⁸¹ In elk geval de eis van ‘ernstige verwijtbaar handelen of nalaten’ mocht volgens de regering niet zodanig ruim worden uitgelegd dat dit leidt tot een aanzuigende werking maar is bedoeld om “werkelijk onrecht te compenseren”.¹⁸²

In de arbeidsrechtelijke literatuur is er veel commentaar geweest op het criterium en de wens van de regering om toekenningen van billijkheidsvergoedingen zo veel mogelijk te beperken.¹⁸³ Duk meende bijvoorbeeld dat de rol van de kantonrechter die van bureaucaat wordt en verwachtte dat veel werknemers, mede gelet op de beperkte omvang van de wettelijke transitievergoeding, vaker in hoger beroep gaan.¹⁸⁴ Hij overwoog daarbij dat het de vraag is of in individuele gevallen nog wel recht kan worden gedaan aan de concrete

178 Als geoordeeld wordt dat de rechtmatige uitbetaling van de contractuele transitievergoeding ondoelmatig is, dan kan dit leiden tot een correctie van de bekostiging. De Minister van OCW heeft in dat geval geen verhaal jegens de voormalig bestuurder. De onderwijsorganisatie heeft bij een betaling aan de bestuurder die wel rechtmatig is maar niet doelmatig zo’n verhaalrecht slechts alleen als daarover vooraf afspraken zijn gemaakt. Zie par. 4.4.3.B.

179 Zie artikelen 7:682 lid 2 sub b en lid 3 BW (opzegging door de werkgever), artikel 7:671b lid 8 sub c en lid 9 sub b BW (ontbinding op verzoek van de onderwijsorganisatie), artikel 7:671c lid 2 sub b en lid 3 sub b BW (ontbinding op verzoek van werknemer en artikel 7:673 lid 9 BW (bij einde van rechtswege).

180 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 12-13 en p. 15.

181 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34.

182 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 15.

183 Zie voor meer inzicht in de discussie ook VAAN 2014, p. 26-35. Houweling wijst er blijkens dit verslag wel op dat het verwoorden van kritiek op de voorstellen eenvoudiger is dan het formuleren van reële alternatieven (p. 32). Zie ook Van Zanten-Baris 2014, Sagel 2014, Schouten 2014 en Kruit 2014.

184 Duk 2014.

omstandigheden van het geval. Ook Schouten was zeer kritisch.¹⁸⁵ Hij gaf aan dat de harde grens van ‘ernstige verwijtbaarheid’ leidt tot een keuze van rechters voor ‘alles of niets’. Rechters zouden hierdoor minder eenvoudig de gevolgen van ‘gewoon verwijtbaar’ handelen kunnen meewegen. Zij zouden minder snel geneigd zijn aan te nemen dat sprake is van een voldoende grond voor ontslag (artikel 7:669 lid 3 BW) of een dringende reden (ontslag op staande voet; artikel 7:677 BW). De vakgroep arbeidsrecht van de UvA meende mede daarom dat bij de hoogte van de billijkheidsvergoeding beter rekening moet worden gehouden met de aard en de ernst van de verwijtbaarheid, de vraag of concrete (veiligheids-)voorschriften zijn geschonden en de lengte van het dienstverband.¹⁸⁶ Sagel merkte op dat de kans bestond dat als van het muizengaatje gebruik werd gemaakt door de rechter, de billijkheidsvergoeding wel eens zeer hoog kon zijn om te benadrukken dat het verwijt aan de werkgever ernstig is.¹⁸⁷

Bij ontslagen bestuurders, zeker voor die bestuurders waarvan een herstel van de arbeids-overeenkomst door de rechter in het Burgerlijk Wetboek is uitgesloten (artikel 2:37 lid 6 BW en voor stichtingsbestuurders artikel 2:9b lid 4 BW Nieuw), zal als beschreven in paragraaf 8.6.3 vooral achteraf discussiepunt zijn of sprake is/was van een in artikel 7:669 BW benoemde reden voor ontslag. Dat maakt het ‘muizengaatje’ in de praktijk nog kleiner; in elk geval qua omvang van het aantal te verwachten toekenningen. Juist voor bestuurders lijken er desalniettemin wel degelijke meerdere legitieme redenen te benoemen om een billijkheidsvergoeding toe te kennen.

Allereerst geeft artikel 1.6 WNT bijvoorbeeld aan dat slechts op basis van een gerechtelijke uitspraak een betaling kan worden gedaan boven het WNT-uitkeringsmaximum. Aangezien de wettelijke en contractuele transitievergoeding geen betalingen zijn die volgen uit een gerechtelijke uitspraak, is een gang naar de kantonrechter de enige mogelijkheid om tot een additionele ontslagvergoeding te komen die hoger is dan de WNT-norm. Ook als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat voor die hogere vergoeding wel degelijke valide redenen aan te wijzen zijn of beide partijen het met elkaar eens zijn dat het conflict – ten koste van de onderwijsorganisatie en personen – niet in het openbaar bij de rechter moet worden uitgevochten.

Een tweede reden is dat juist bij het ontslag van bestuurders geen sprake hoeft te zijn van een situatie waarin het ontslag zijn oorzaak vindt in het functioneren van de bestuurder. Soms maakt het vertrek van een bestuurder het eenvoudigweg mogelijk om uit een (politiek-

¹⁸⁵ Schouten 2014, p. 63 en p. 66.

¹⁸⁶ Ten Broeke e.a. 2014, p. 33.

¹⁸⁷ Sagel 2014.

)bestuurlijke impasse te geraken, aan een intern vertrouwensconflict een einde te maken of is sprake van een verschil in beleidsvisie tussen bestuurder en intern toezichthouders. Op zo'n moment kan een additionele vergoeding boven de WNT-norm redelijk zijn.

Gesteld wordt soms dat het 'hoge bomen vangen veel wind' principe, het hogere afbreukrisico en de beperktere ontslagbescherming, reeds is verdisconteerd in de bezoldiging en de arbeidsvoorwaarden.¹⁸⁸ Dat zou een extra additionele vergoeding mitigeren. Die verdiscontering is echter voor een deel theorie omdat de omloopsnelheid van bestuurders hoog is, de bezoldiging van bestuurders de afgelopen jaren nu juist fors beperkt is en de omvang van de maximale WNT-ontslagvergoeding ten opzichte van het basissalaris relatief laag is. Veel bestuurders hebben bovendien een relatief hoge leeftijd. Zeker bij ongewenst ontslag ligt voor hen een nieuwe baan niet direct voor het oprapen. Het bij voorbaat beperken van de ruimte voor additionele ontslagvergoedingen, tast de (ervaren) bestuurlijke autonomie van bestuurders aan. Hun in potentie arbeidsrechtelijke kwetsbaarheid kan ertoe leiden dat bestuurders zich defensiever opstellen.

8.5.6 *De relatie tussen publiekrechtelijk toezicht en het arbeidsrechtelijk ontslag*

In het onderwijs geldt dat elke ontslagvergoeding niet alleen rechtmatig moet zijn, maar in beginsel ook een doelmatige besteding van publieke middelen moet vormen. De norm van rechtmatigheid wordt bij ontslagvergoedingen voornamelijk bepaald door de uit de WNT volgende maximeringen. De norm van doelmatigheid is diffuser en meer afhankelijk van de concrete omstandigheden. CAO's voor bestuurders en sectorale beloningscodes vormen voor de beloning een helder kader maar bieden voor een beëindigingsregeling weinig handvatten.

Het hiervoor beschreven gesloten stelsel van redenen van ontslag heeft als gevolg dat het publiekrechtelijk toezicht en de toetsing van het arbeidsrechtelijk ontslag sneller botsen. De onderwijswetgeving biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid dat naar aanleiding van een publiekrechtelijke interventie het vertrek van de bestuurder geëigend lijkt, terwijl die interventie niet een van de in het arbeidsrecht benoemde wettelijke redenen voor ontslag is. Een voorbeeld daarvan vormen de aanwijzing van bestuurlijk wanbeheer en het door de gemeenteraad zelf voorzien in het bestuur van de openbare scholen wegens ernstige taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet. Beide publiekrechtelijke interventie-instrumenten hebben met elkaar gemeen dat de grond voor de inzet niet perse zijn oorzaak hoeft te vinden in het persoonlijk functioneren van een individuele

188 De Bock 2014, p. 9.

bestuurder. Alsdan ontstaat al snel strijd met de in artikel 7:669 lid 3 BW benoemde gronden voor ontslag die alle juist te herleiden zijn tot dat individuele functioneren.

Hoe alsdan te handelen als werkgever van de bestuurder? De uitspraak van het Gerechtshof Den Haag uit 2007 inzake Veer-Palthe-Voute (VPV) biedt, hoewel sprake was van een financiële instelling, mogelijk enig inzicht.¹⁸⁹ In casu had AFM aan VPV een aanwijzing gegeven inhoudende het met onmiddellijke ingang ontslaan van de bestuurder van VPV. Deze bestuurder kwamen tegen het ontslagbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders in verweer. Het Gerechtshof Den Haag overwoog vervolgens dat niet ter discussie stond dat het aanwijzingsbesluit van de AFM voor de algemene vergadering van aandeelhouders voldoende basis vormt voor het met onmiddellijke ingang ontslaan van de bestuurder en bijbehorend arbeidsrechtelijk ontslag wegens dringende reden.¹⁹⁰ Vertaald naar het onderwijs. Als sprake is van een aanwijzing zijdens de Inspectie van het Onderwijs of een ingrijpen door de gemeenteraad wegens ernstige taakverwaarlozing, dan behoeft het rechtspersonenrechtelijk en het bijbehorend arbeidsrechtelijk ontslag geen uitgebreide motivering. Wel kan een discussie worden gevoerd over de precieze ontslaggrond en de hoogte van de ontslagvergoeding.

De vraag is of de verwijzing naar een dringende reden wel een juiste benadering is. Beltzer en Bennaars waren op dit punt zeer fel in hun reactie.¹⁹¹ Volgens hen dient ook bij een dubbele rechtsbetrekking de dringende reden (het huidige artikel 7:677 lid 1 BW) zo ernstig te zijn dat van de werkgever niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst bij wijze van spreken nog maar een dag langer voortduurt; zowel in objectieve als in subjectieve zin. Daarvan was volgens hen, mede gelet op de lange duur van onderzoek en besluitvorming door de AFM en het later zelfs intrekken van de aanwijzing, geen sprake van en ten tijde van het ontslagbesluit stond ook nog bezwaar en beroep open tegen het besluit. Ook in het onderwijs is het gelet op de duur van de meeste onderzoeken nog maar de vraag of een dergelijk strikte dringendheidstoets wel wordt doorstaan.

Opvallend in deze is dat het Gerechtshof overwoog dat de betreffende aanwijzing “een reactie was op specifieke gedragingen van W”.¹⁹² Bij bestuurlijk wanbeheer ligt de verwijzing voor de hand naar de ontslagreden van verwijtbaar handelen of nalaten als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Niet ondenkbaar is echter dat in een concrete situatie een

189 Gerechtshof Den Haag 23 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ9061, JAR 2007/45 m.nt. Verhulp. Zie tevens Nolen 2013b, p. 71.

190 Gerechtshof Den Haag 23 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ9061, JAR 2007/45 m.nt. Verhulp, r.o. 8.

191 Beltzer & Bennaars 2007.

192 Gerechtshof Den Haag 23 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ9061, JAR 2007/45 m.nt. Verhulp, r.o.12.

voldoende redelijke grond voor ontslag ontbreekt als op dat moment onvoldoende vaststaat dat de reden voor het ontslag ligt in het persoonlijk functioneren van de individuele bestuurder zelf of als in redelijkheid kan worden getwijfeld aan de rechtmatigheid van de aanwijzing of het ingrijpen wegens ernstige taakverwaarlozing. Sterker nog, in die gevallen dat achteraf blijkt dat bijvoorbeeld ten onrechte een aanwijzing is gegeven tot het doen vertrekken van de bestuurder, is artikel 8:88 Awb van toepassing. De bestuursrechter is alsdan bevoegd op verzoek van een belanghebbende de overheid te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden als gevolg van dat onrechtmatige besluit. Die belanghebbende kan de onderwijsorganisatie zijn die de ontslagvergoeding heeft betaald maar ook de voormalig bestuurder die is ontslagen.

De vraag of er sprake is van een wettelijke reden voor ontslag speelt vooral op bij het bepalen van de ontslagvergoeding. Bij een publiekrechtelijke interventie kan er – als de beëindiging niet zijn grond vindt in het persoonlijk functioneren van de bestuurder – een reden zijn voor een (hogere) contractuele ontslagvergoeding of het door de rechter toekennen van een billijkheidsvergoeding. Een dergelijke vergoeding moet als een rechtmatige besteding worden aangemerkt en als passend binnen de WNT. Of de toekenning van de ontslagvergoeding alsdan ook een doelmatige besteding van publieke middelen vormt, is een vraag van andere orde. Zoals eerder in hoofdstuk 5 opgemerkt, meen ik dat de overheid zeer terughoudend moet zijn met het wel rechtmatig maar toch ondoelmatig beoordelen van een specifieke besteding. Dat geldt mijns inziens ook bij ontslagvergoedingen.

8.6 BETEKENIS VOOR DE BESTUURDER?

8.6.1 *Inleiding*

De vraag die in dit hoofdstuk aan bod kwam, was wat de aspecten benoeming, kwaliteit, beloning en ontslag betekenen voor de juridische positie van de individuele bestuurder. Bij de beantwoording van deze vraag is gebruikgemaakt van vier deelvragen:

1. Welke juridische aspecten spelen een rol bij de benoeming van bestuurders?
2. Welke eisen betreffende de kwaliteit van bestuurders spelen een rol bij de benoeming?
3. Op welke bezoldiging heeft een bestuurder recht en met welke juridische randvoorwaarden moet daarbij rekening worden gehouden?
4. Hoe kan een bestuurder worden ontslagen?

Deze deelvragen zijn in de voorgaande paragrafen beantwoord. Samengevat kan worden geconcludeerd dat sinds 1985 de benoemingsprocedure intenser is geworden, dat de eisen omtrent het profiel van de bestuurder toenemen en dat er minder ruimte is voor het maken

van individuele afspraken over beloning en arbeidsvoorwaarden. Rechtspersonenrechtelijk ontslag is betrekkelijk eenvoudig, de preventieve arbeidsrechtelijke ontslagtoets komt naar alle waarschijnlijkheid als gevolg van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen expliciet te vervallen voor alle bestuurders met een arbeidsovereenkomst en voor billijkheidscorrecties bij arbeidsrechtelijk ontslag is eigenlijk altijd een gang naar de rechter noodzakelijk.

8.6.2 *Hoge verwachtingen omtrent de kwaliteit en het functioneren van bestuurders*

In paragraaf 8.2 is aandacht besteed aan de benoemingsprocedure en in paragraaf 8.3 aan de voor bestuurders geldende kwaliteitseisen. Uit deze twee paragrafen blijkt dat door onderwijsorganisaties en onderwijswetgever meer aandacht wordt besteed aan de fase voorafgaand aan het benoemingsbesluit. Het aantal betrokkenen bij de benoemingsprocedure is toegenomen; de toekenning aan de medezeggenschap van wettelijke adviesrechten voorafgaande aan de benoeming is daarvan een voorbeeld.¹⁹³ Dat geldt ook voor het pleidooi om gebruik te maken van breed samengestelde werving- en selectiecommissies.¹⁹⁴

Naast meer aandacht voor de benoemingsprocedure *an sich*, groeit tevens de aandacht voor de kwaliteit en de competenties van bestuurders. Het gebruik van profielschetsen is *best practice* en inmiddels wettelijk verplicht.¹⁹⁵ De verwachting is gerechtvaardigd dat deze profielschetsen niet alleen een rol spelen bij de benoeming zelf maar ook het karakter krijgen van een (intern) beoordelingskader voor het functioneren van een bestuurder. Door de van de bestuurder verwachte kwaliteit en competenties te benoemen wordt immers impliciet aangegeven welke werkwijze van de bestuurder wordt verwacht en van welke bestuursopdracht sprake is. De aandacht voor de benoemingsprocedure en het profiel is niet alleen ingegeven door de wens om de kwaliteit van bestuurders te verhogen, maar ook door de behoefte aan een breed draagvlak bij de benoeming van de bestuurders. Een breder draagvlak moet de veronderstelde afstand tussen bestuurders en betrokkenen kleiner maken.

De aandacht voor het profiel, de kwaliteiten en het brede draagvlak duidt op hoge verwachtingen omtrent het functioneren van de bestuurder. Die moet de van hem verlangde kwaliteiten en het verkregen draagvlak immers wel waarmaken. Het inlossen van zeer hoge verwachtingen is niet eenvoudig. Een bestuurder functioneert immers nooit alleen. Hij maakt onderdeel uit van een organisatie. Meer aandacht voor een breed (intern) draagvlak

193 Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, nr. A.

194 *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, nr. 5.

195 *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, nr. A.

veronderstelt ook enige afhankelijkheid van dat draagvlak. Aandachtspunt is dat die afhankelijkheid nooit zo ver mag gaan, dat een bestuurder lastige bestuurlijke keuzes vermijdt en het belang van draagvlak stelt boven het belang van de onderwijsorganisatie. Daar staat tegenover dat op het moment dat de diverse betrokkenen positief zijn over een benoeming en dat ook hebben geuit, de betreffende bestuurder beschikt over een gedragen en kenbaar bestuurlijk mandaat.

In paragraaf 8.3 is ingegaan op de (wettelijke) regeling van kwaliteitseisen. Mijn indruk is dat de grens van positieve en negatieve kwaliteitseisen is bereikt. Het is nog niet zover dat (vooraf) de deskundigheid en/of integriteit van bestuurders wordt getoetst. Wel is een voorstel ingediend met betrekking tot het maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef van bestuurders. Over dergelijke voorstellen – en dan vooral over de toetsing van deskundigheid en/of integriteit en het vereenzelvigen van bestuurders met de onderwijsorganisatie – ben ik zeer kritisch. Allereerst omdat dit mijns inziens een onaanvaardbare inbreuk vormt op de rechtspersonenrechtelijke autonomie en de werkgeversrol van de raad van toezicht. De overheid behoort zich te richten op het stelsel als zodanig en behoort zich niet te mengen in de benoeming van individuele bestuurders. Ten tweede omdat in een dergelijke situatie de nadere voorwaarden al snel niet bij wet kunnen worden gesteld en voor zover daarvan al sprake zou zijn, de toepassing van die voorwaarden een verregaande interpretatie behoeft door een ander dan de wetgever. Een derde reden is dat de beoordeling van maatschappelijke verantwoordelijkheid, deskundigheid en/of integriteit een sterk normatief-ethisch karakter heeft. Dat leidt ertoe dat de nadruk bij toetsing al snel komt te liggen op verlangde gedragsnormen. Dat lijkt mij strijdig met het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel.

Meer dogmatisch geldt dat zowel positieve als negatieve kwaliteitseisen tot gevolg kunnen hebben dat, al dan niet indirect, een verkapte vergunningsplicht ontstaat waarvan de voltoening gelegen is in persoonlijke karaktereigenschappen van de bestuurder die al snel van subjectieve en morele aard zijn. Dat is in strijd met het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel dat ervan uitgaat dat het geven van onderwijs vrij is. Het leidt ook, zoals toegelicht in paragraaf 8.3.4, tot een onnodige vereenzelviging van onderwijsorganisatie en bestuurder.

8.6.3 *Bestuurders zijn persoonlijke kwetsbaar bij beloning en ontslag*

De thema's bezoldiging en ontslag zijn met een gerust hart beladen te noemen. De wetgever heeft gemeend de bezoldiging van bestuurders in het onderwijs te moeten maximaliseren middels de WNT, de Wet Werk en Zekerheid geleid tot aanpassingen in het arbeidsrech-

telijk ontslagrecht en de verwachting is dat met de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen de preventieve ontslagtoets voor bestuurders met een arbeidsovereenkomst expliciet komt te vervallen.

De wettelijke ordening van het rechtsverkeer tussen werkgever en werknemer die van de WNT uitgaat – en is besproken in paragraaf 8.4 – beperkt de contractuele vrijheid van onderwijsorganisaties en bestuurders om nadere afspraken vast te leggen en eigen afwegingen te maken. De diverse voor bestuurders geldende cao's en arbeidsvoorwaardelijke handreikingen beperken die vrijheid nog meer. Die beperking is niet zonder fundamentele kritiek op de inmenging van de overheid in het private autonome rechtsverkeer en de inbreuk op het eigendomsrecht. Een kritiekpunt dat minder aandacht lijkt te krijgen is de persoonlijke kwetsbaarheid van bestuurders bij discussies over ontslag en beloningen en het gebrek aan nuance in het bijbehorende debat. De keuze van de Inspectie van het Onderwijs om de in de Wot beschreven onderzoeksprocedure te volgen en op basis daarvan onderzoeksrapporten over beloningen te openbaren versterkt die persoonlijke kwetsbaarheid. De vraag wat een redelijke, rechtvaardige en passende bezoldiging is voor bestuurders, is eigenlijk niet goed te beantwoorden en kent veel ethische en morele elementen. De nadruk op de moraliteit doet eigenlijk onvoldoende recht aan de redelijke belangen van individuele bestuurders als werknemer.¹⁹⁶ Meer terughoudendheid bij publiek, overheid en externe toezichthouders is mijns inziens wenselijk.

Hetgeen zich in deze lijkt te wreken is dat een eventuele toetsing van de ontslagregeling altijd achteraf en in het openbaar plaats heeft. Eventueel eerst bij de burgerlijke rechter in het kader van de beoordeling van de reden van het ontslag en billijkheid van de ontslagvergoeding en vervolgens bij de beoordeling van de inhoud van de eventuele ontslagregeling door de Inspectie van het Onderwijs. Het kan het overwegen waard zijn om de bevoegdheid van de huidige Commissie van Geschillen zoals ingesteld in de cao's voor bestuurders in het primair en voortgezet onderwijs, te verbreden tot het adviseren over de inhoud van de arbeidsrechtelijke ontslagregeling en de omvang van de ontslagvergoeding. Dat biedt de nodige ruimte om de verschillende belangen van de individuele bestuurder, de onderwijsorganisatie en de overheid als bekostigende instantie zorgvuldig en meer onafhankelijk af te wegen. Dat advies zou ook moeten kunnen leiden tot het toekennen van additionele vergoedingen omwille van billijkheid in de zin van artikel 7:682 lid 3 BW, ook als die vergoedingen het WNT-maximum doorbreken.

196 Zie Minister van OCW, Brief aan het onderwijsveld over de beloningen van onderwijsbestuurders, Den Haag, 9 februari 2012 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 27923, nr. 135); *Kamerstukken II* 2011/12, 27923 nr. 133, p. 18; *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 906, p. 2; *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 2544; *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 356.

Een argument voor het wettelijk normeren van de bezoldiging en het vervallen van de preventieve ontslagtoets is de verdiscontering van de persoonlijke kwetsbaarheid van bestuurders in de op zich hoge beloning van bestuurders. Dit argument is mijns inziens minder krachtig nu juist die beloning door de wetgever sterk is begrensd en de afgelopen jaren is verlaagd. Ook het verschil tussen de maximale omvang van de bezoldiging op basis van de WNT en de op basis van diezelfde WNT tot 75.000 euro beperkte maximale ontslagvergoeding is, zeker in situaties waarin het ontslag niet direct ligt in het persoonlijk functioneren van de individuele bestuurder, in zijn huidige rigiditeit te groot.

8.6.4 *Betekenis voor de positie van de bestuurder*

De ontwikkelingen met betrekking tot de aspecten benoeming, kwaliteit, beloning en ontslag hebben geleid tot een verdere verdichting van de juridische ruimte op deze vier aspecten. Dit heeft als effect dat de vrijheid om in het kader van benoeming, kwaliteit, beloning en ontslag als en met een bestuurder afspraken te maken inmiddels vrijwel is dichtgeregeld. Reeds dat beperkt de onderwijsrechtelijke autonomie van de onderwijsorganisatie en de bestuurlijke en arbeidsrechtelijke autonomie van de bestuurder. De autonomie van de bestuurder is verder, meer indirect, beperkt doordat bedoelde verdichting de externe verwachtingen omtrent de kwaliteit en het functioneren van een bestuurder omhoog heeft geschroefd en bij ontslag niet alleen de rechtspersonenrechtelijke maar ook de arbeidsrechtelijke positie van individuele bestuurders relatief kwetsbaar is. Zij kunnen betrekkelijk eenvoudig worden ontslagen en alsdan is er weinig ruimte om afspraken te maken over ontslagvergoedingen.

De vraag is of dat wel wenselijk is. Bestuurders moeten soms moeilijke keuzes maken waardoor hun draagvlak binnen de organisatie onder druk kan komen te staan. De kans dat bestuurders zonder duidelijke grond en met een relatief geringe ontslagvergoeding kunnen worden heengezonden maakt hen afhankelijk. Dat tast hun bestuurskracht nog verder aan. Die aantasting wordt verder versterkt doordat geschillen over ontslag, beloningen en ontslagvergoedingen altijd in het openbaar en achteraf 'uitgevochten' moeten worden. Een billijkheidscorrectie is gelet op artikel 1.6 WNT eigenlijk alleen mogelijk met instemming van de rechter; en dus ten volle openbaar. De negatieve publiciteit die daarvan het gevolg is, is uiteindelijk schadelijk voor zowel de betreffende individuele bestuurder als de betrokken onderwijsorganisatie. Reeds dat is niet in het belang van het onderwijs. Een oplossing zou kunnen zijn dat organisaties van intern toezichthouders en bestuurders in hun afspraken over de arbeidsvoorwaarden ook ruimte creëren voor het onafhankelijk adviseren over beloningen en beëindigingsregelingen. Dat kan ook het externe toezicht op deze twee punten verzachten.

Een aandachtspunt is het bestaan van onnodige juridisch-technische verschillen tussen de rechtspositie van bestuurders van stichtingen, verenigingen en publiekrechtelijke rechtspersonen. We treffen onder meer verschillen aan bij de benoeming, de verwachte kwaliteit, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagprocedure. Het effect van deze verschillen komt vooral naar voren bij het ontslag van bestuurders en zorgt op zijn minst voor rechtsonzekerheid. Niet voor niets is de opzet van de diverse cao's voor bestuurders en de bezoldigingscodes dat waar mogelijk geen onderscheid wordt gemaakt op basis van de bestuursvorm, het bestuursmodel of het karakter van het onderwijs. Het verdient aanbeveling dit door te trekken en voor alle bestuurders in het onderwijs eenzelfde arbeidsrechtelijke ontslagprocedure te hanteren. Juist bij ontslag is de persoonlijke kwetsbaarheid van bestuurders groot, kan in het openbaar ophef ontstaan die schadelijk is en zal bij de onderwijsorganisatie zelf behoefte bestaan aan rust. Dat pleit voor meer harmonisatie.

HOOFDSTUK 9 – AUTONOMIE IN HET ONDERWIJS ALS VERBINDEND THEMA

9.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 is aangegeven dat autonomie een verbindend thema in dit onderzoek is geweest. Autonomie is als natuurlijk ‘iets’ gestold in wet- en regelgeving, in jurisprudentie en in feitelijk optreden. We vinden het beginsel van autonomie terug in verschillende klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst, vereniging en vergadering, en in de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden. Het beginsel treffen we ook aan in de diverse onderwijssectorwetten en in de door het rechtspersonenrecht beschermde bestuursautonomie. Elementen van autonomie zijn ook te vinden in het contractenrecht, in het arbeidsrecht, in het staats- en bestuursrecht en in het eigendomsrecht.

Autonomie is door mij in dit onderzoek opgevat als begrensde vrijheid. Autonomie omvat de ruimte voor de professioneel bestuurder die resteert na begrenzing. De begrenzing van de autonomie van de bestuurder volgt uit de optelsom van wet- of regelgeving, jurisprudentie, interne statuten en reglementen maar ook het feitelijk optreden door overheid, toezichthouders en medezeggenschap. Dat optreden kan de vorm hebben van interventies. Begrenzing van de autonomie is tevens het gevolg van aanpassing van het bestuurlijk gedrag naar aanleiding van zelfregulering, protocollen, scholing of veronderstelde (gedrags)normen.

In de inleidende paragraaf 1.7 is aangegeven dat onder het in dit onderzoek gehanteerde begrip ‘onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel’ het volgende wordt verstaan: de autonomie van elke individuele onderwijsorganisatie om onderwijs te geven en wetenschappelijk onderzoek te verrichten uitgaande van de verantwoordelijkheid voor de overheid voor het stelsel, de bekostiging en het toezicht op de deugdelijkheid van het onderwijs. Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel sluit aan op de door artikel 23 Grondwet beschermde grondwettelijke vrijheid van de richting en inrichting van het bijzonder onderwijs en het ongeschreven beginsel van pedagogische autonomie voor het openbaar onderwijs. De overheid houdt toezicht op onderwijsorganisaties en schept door middel van bekostiging en de toekenning van publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden, zoals het verstrekken van diploma’s, de voorwaarden om onderwijs te kunnen verzorgen. Niet de overheid maar onderwijsorganisaties geven onderwijs.

In dit hoofdstuk wordt in aanvulling op de inleiding in paragraaf 1.7 en het onderzoek in de hoofdstukken 2 tot en met 8 besproken op welke wijze het beginsel van autonomie bij de beoordeling van de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs steeds een rol kan spelen. In paragraaf 9.2 wordt het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel zoals dat is te herkennen in de onderwijssectorwetten verder uitgediept. De door het algemeen rechtspersonenrecht beschermde bestuursautonomie en de door de bestuurder in dat verband af te wegen belangen komen aan bod in paragraaf 9.3. In paragraaf 9.4 wordt een aanzet gegeven voor een juridisch kader voor de beoordeling van begrenzingsen, waarna in paragraaf 9.5 de algemene argumenten voor begrenzing en eventuele beperking van autonomie worden besproken. Vervolgens wordt mede op basis van de voorafgaande hoofdstukken in paragraaf 9.6 gereflecteerd op de hypothese dat het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel een buitengrens vormt en de reflex van artikel 23 Grondwet.

9.2 ONDERWIJSRECHTELIJKE AUTONOMIE IN DE ONDERWIJSSECTORWETTEN

Niet alleen bij de behandeling van het huidige artikel 23 Grondwet werd gedebatteerd over de juiste verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties. Ook op latere momenten is dit debat terug te lezen. De memorie van toelichting uit 1959 bij de Mammoetwet bevat bijvoorbeeld de volgende passage waarin dit debat treffend is verwoord:

“dat het onderwijs een geïntegreerd deel van de opvoeding behoort te vormen, dat de opvoeding der kinderen van nature in eerste instantie een recht en een plicht van de ouders is en dat daarom bij een juiste wettelijke vormgeving de vrijheid van het onderwijs, in de door de ouders gewenste zin, welke vrijheid in onze Grondwet expressis verbis erkend en benadrukt wordt, voorop dient te staan.”

(...)

De wetgever dient derhalve een grote vrijheid te laten. Deze eis is bij het opstellen van het onderhavige wetsontwerp angstvallig in het oog gehouden, met name wat betreft de inrichting van het onderwijs (zie de toelichting op de artikelen 19, 20 en 21). Maar elke vrijheid veronderstelt verantwoordelijkheid. Daarom heeft de ondergetekende in de Tweede Onderwijsnota er reeds op gewezen, dat hoe groter vrijheid de wetgeving laat, des te belangrijker de concretisering is der wettelijk gegeven mogelijkheden, maar ook: des te meer waarborgen er nodig zijn, dat deze concretisering op verantwoorde wijze kan geschieden. Die waarborgen zullen, zoals uit het bovenstaande noodzakelijk volgt, allereerst gezocht moeten worden bij degenen, die de eerste verantwoordelijkheid in deze dragen. Daarom zag de ondergetekende in meergenoemde

Nota in het bijzonder als voorwaarde voor een dergelijke ontwikkeling een steeds intensiever activiteit van onderwijs- en schoolorganisaties, van ouders en onderwijsdeskundigen, die tot een structuur zullen moeten komen, waarbij zij in staat zijn, het gehele hun toevertrouwde terrein van het onderwijs deskundig te overzien en tó representeren.”¹

Deze passage staat symbool voor de huidige verhoudingen in het onderwijs en bevestigt dat het Nederlands onderwijsstelsel uitgaat van een verdeling van taken en verantwoordelijkheden. Deze verdeling is als volgt.

1. Opvoeding is in eerste instantie een recht en een plicht van ouders.
2. Een in alle opzichten sluitend en verantwoord geheel van onderwijsvoorzieningen is een taak van overheid en (vooral) maatschappij gezamenlijk, waarbij beide in staat moeten worden gesteld en bereid moeten zijn hun taak naar behoren te vervullen.
3. De taak van de overheid beperkt zich in eerste instantie tot het scheppen van de mogelijkheden voor burgers om hun persoonlijke taak (lees: de opvoeding) te volbrengen.
4. Het geven van onderwijs is toevertrouwd aan onderwijsorganisaties, aan ouders en aan onderwijsdeskundigen, en daarmee is het geven van onderwijs dus een eerste verantwoordelijkheid van hen die zich ten doel stellen dat te doen.

De opvattingen in politiek en maatschappij over rol en taak van de overheid zijn sinds 1959 enigszins gewijzigd, maar de destijds geformuleerde verdeling heeft nog steeds betekenis. De bewuste passage preludeert bijvoorbeeld met de opmerking “vrijheid veronderstelt verantwoordelijkheid” op het gegeven dat autonomie verantwoordelijkheden met zich brengt.² Overwogen wordt tevens dat naarmate de met die autonomie komende vrijheid groter is, de behoefte aan begrenzing toeneemt: “hoe groter vrijheid de wetgeving laat, des te belangrijker de concretisering is der wettelijk gegeven mogelijkheden, maar ook: des te meer waarborgen er nodig zijn, dat deze concretisering op verantwoorde wijze kan geschieden”.³ De motiveringen van veel huidige zorgplichten zijn hieraan schatplichtig.⁴

Beginselen van onderwijsrechtelijke autonomie zijn dan ook niet alleen terug te vinden in artikel 23 Grondwet, artikel 2 Eerste Protocol EVRM of artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESCR. De onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties wordt ook gemarkeerd door diverse bepalingen in de verschillende onderwijssectorwetten. In het bijzonder kan gewezen worden op die bepalingen die bevestigen dat onderwijsorganisaties zorgdragen voor het

1 *Kamerstukken II 1958/59, 5350, nr. 3, p. 2-3.*

2 *Kamerstukken II 1958/59, 5350, nr. 3, p. 3.*

3 *Kamerstukken II 1958/59, 5350, nr. 3, p. 3.*

4 Zie Hoofdstuk 4 en 7.

geven van onderwijs (artikel 10 Wpo, artikel 23a Wvo, artikelen 1.3.1 lid 1, 1.3.2a lid 1, 1.3.3 lid 1, 1.3.5 en 1.3.6 Web en artikelen 1.3 en 1.18 Whw) en dat bij het verrichten van wetenschappelijk onderzoek sprake is van academische vrijheid (artikel 1.6 Whw). Deze bepalingen staan alle symbool voor een taakverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties die erin voorziet dat de overheid verantwoordelijk is voor het stelsel en toezicht houdt op de deugdelijkheid van het onderwijs terwijl onderwijsorganisaties onderwijs geven en onderzoek doen.⁵ Zij bakenen de onderwijsrechtelijke autonomie af ten opzichte van de overheid; zij zijn ‘afbakeningsartikelen’.

Uit dit onderzoek is gebleken dat tot dertig jaar geleden deze taakverdeling tussen onderwijsorganisaties en overheid vooral impliciet werd aangenomen maar inmiddels expliciet door de onderwijswetgever is bevestigd in bedoelde afbakeningsartikelen. De afbakeningsartikelen hebben met elkaar gemeen dat ze een redelijk recente wettelijke bevestiging vormen van het beginsel dat onderwijsorganisaties bij het verzorgen van onderwijs autonomie toekomt. Ik noem dat in dit onderzoek het ‘onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel’. De diverse ‘afbakeningsartikelen’ markeren de onderlinge verhouding tussen overheid en onderwijsorganisaties en maken inzichtelijk dat een verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en onderwijsorganisaties het vertrekpunt is.

De afbakeningsartikelen zijn alle direct te herleiden tot ‘afspraken’ tussen overheid en onderwijs over de gewenste en aanvaarde onderlinge verhoudingen in het onderwijs. Voor het funderend onderwijs werden deze afspraken vastgelegd in het Schevenings Beraad, waarvan de eerste gezamenlijk richtinggevende uitspraak als volgt luidde: “1.1 De school is, binnen het raamwerk van de in wetgeving bepaalde eisen van deugdelijkheid, verantwoordelijk voor de kwaliteit van haar onderwijs.”⁶ In de toelichtingen bij de gezamenlijke uitspraken werd vervolgens de koppeling gelegd met autonomie.⁷ De afbakeningsartikelen 10 Wpo en 23a Wvo moesten, aldus de staatssecretaris, de autonomie van onderwijsorganisaties bevestigen.⁸ Sterker nog, de eerste volzin van de memorie van toelichting bij de Kwaliteitswet onderwijs waarin de afbakeningsartikelen waren opgenomen, kwam volledig overeen met de gezamenlijk richtinggevende uitspraak.⁹ Door deze gezamenlijke uitspraak

5 Deze verantwoordelijkheidsverdeling vinden we bijvoorbeeld terug in *HOAK 1986*, p. 17. Ook in de memorie van toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht onderwijs zien we deze verdeling terug. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34251, nr. 3, p. 6-7 en eerder *Kamerstukken II 2012/13*, 33495, nr. 10.

6 Schevenings Beraad 1993, p. 19.

7 Schevenings Beraad 1993, p. 55-56 en p. 111.

8 *Kamerstukken II 1997/98*, 25459, nr. 5, p. 4.

9 *Kamerstukken II 1996/97*, 25459, nr. 3, p. 1: “Het bevoegd gezag is binnen het raamwerk van de wettelijk bepaalde eisen van deugdelijkheid verantwoordelijk voor de kwaliteit van het onderwijs op schoolniveau. Aan deze verantwoordelijkheid wordt nu opnieuw gestalte gegeven op grond van beleid dat is ingezet voor nieuwe bestuurlijke verhoudingen in het onderwijs.”

wettelijk te bevestigen kon vervolgens worden volstaan met het vaststellen van zorgplichten. Het vervullen van die zorgplicht is, zoals Storimans en Wijnands in 2012 en minister Bussemaker in 2013 bevestigden, een verplichting.¹⁰ Dat deze zorgplichten ook de autonomie afbakenen ten opzichte van de overheid krijgt echter minder aandacht. Reeds het gebruik van deze zorgplichtbepalingen door de wetgever berust niettemin op het idee dat de adressaat van een zorgplicht autonomie (nodig) heeft.¹¹

In de Web werd een met de Wpo en de Wvo vergelijkbare lijn gevolgd. De hierboven genoemde afbakeningsartikelen maken duidelijk dat onderwijsorganisaties beroepsopleidingen verzorgen en niet de overheid of het bedrijfsleven.¹² In het hoger onderwijs lezen we de verantwoordelijkheidsverdeling en taakafbakening terug in de nota HOAK uit 1986.¹³ Minister Deetman besprak in die nota de gewenste toekomstige besturingswijze voor het hoger onderwijs en zette de verantwoordelijkheid van onderwijsorganisaties als volgt neer.

“Bij een veranderende opvatting over de rol van de overheid in de samenleving verdient ook de verdeling van verantwoordelijkheden van instellingen voor hoger onderwijs en overheid nadere beschouwing. De verantwoordelijkheid van de instellingen bestaat primair uit het op hoog kwalitatief niveau uitvoeren van de in de wet neergelegde taakstelling. In de uitvoering van deze taken dienen de instellingen autonoom te zijn.”¹⁴

De bevestiging van deze autonomie vinden we sinds 1993 terug in artikel 1.3 en 1.18 Whw. Het verzorgen van onderwijs werd als het eigen werk- en beleidsterrein van de onderwijsorganisaties aangemerkt en op dat beleidsterrein wenste de overheid expliciet terug te treden.¹⁵ Tegenover deze wettelijke bevestiging van de autonomie stond de gelijktijdige verplichting voor onderwijsorganisaties om zelf zorg te dragen voor de kwaliteitszorg.¹⁶ Artikel 1.6 Whw vestigt tevens de aandacht op de academische vrijheid bij het verrichten van wetenschap.

10 Storimans & Wijnands 2012, p. 47.

11 Westerman 2012, p. 723.

12 De betreffende bepalingen hadden daarnaast ook als doel om schaalvergroting te bereiken door middel van roc-vorming. Het is vooral dat oogmerk dat in de wetgeschiedenis aan bod komt. Zie o.a. *Kamerstukken II* 1993/94, 23778, nr. 3, p. 48-50 en p. 125-126.

13 *Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nr. 1-2 en Mertens 2001, p. 61-66.

14 *HOAK* 1986, p. 17.

15 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 23, p. 34 en p. 110.

16 *Kamerstukken II* 1988/89, 21073, nr. 3, p. 3. Er werd oorspronkelijk een stelsel van kwaliteitsbewaking ontwikkeld waarbij de overheid achteraf kon ingrijpen bij gebleken disfunctioneren. Met de invoering van het accreditatiestelsel en de toets nieuwe opleiding is dit ingrijpen naar voren gehaald.

9.3 BESTUURSAUTONOMIE EN AF TE WEGEN BELANGEN

9.3.1 *Bestuursautonomie in het rechtspersonenrecht*

Ook het rechtspersonenrecht bevat beginselen van autonomie. Het beginsel van autonomie speelt vooral bij de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen het bestuur en anderen organen. Welk orgaan heeft de hoogste zeggenschap en wat is de rol van leden, aandeelhouders, andere organen en derden?¹⁷ Uit het wettelijk systeem van Boek 2 Burgerlijk Wetboek vloeit voort dat aan het bestuur in beginsel zelfstandigheid en beleidsvrijheid toekomt. Deze bestuursautonomie wordt gezien als een voorwaarde voor het als bestuur leiding kunnen geven aan de rechtspersoon en het bepalen van het beleid. Het bestuur moet zijn taken autonoom kunnen vervullen. Alleen dan bestuurt hij zelf. De klassieke lijn in de jurisprudentie is dat primair moet worden getoetst of een orgaan van de rechtspersoon de grenzen van zijn bevoegdheden niet overschrijdt.¹⁸ Anderen dan het bestuur kunnen niet treden in de bevoegdheden van het bestuur. Dit uitgangspunt van terughoudendheid en de door anderen in dit verband te betrachten redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW bevestigen de bestuursautonomie.

De bestuursautonomie kan aan enige beperkingen zijn onderworpen. Voorbeelden daarvan zijn het onderwerpen van bestuursbesluiten aan de goedkeuring van het intern toezicht-houdend orgaan, de algemene ledenvergadering, de medezeggenschapsraad of derden. Het vennootschapsrecht benoemt bovendien expliciet de mogelijkheid voor andere organen om algemene beleidsaanwijzingen te geven.¹⁹ Het in het Burgerlijk Wetboek uitgewerkte stichtingen- en verenigingsrecht kent een dergelijke bepaling niet en algemeen wordt aangenomen dat bij deze rechtspersonen niet de mogelijkheid bestaat dat andere organen of derden concrete besluiten kunnen amenderen. Dat zou de bestuursautonomie te zeer aantasten. Wel kunnen wet en statuten de bevoegdheid van het bestuur beperken en goedkeurings- en adviesrechten toekennen aan anderen dan het bestuur. Ook wordt wel aangenomen dat ook bij verenigingen en stichtingen het mogelijk is dat die anderen aan het bestuur instructies kunnen geven, met dien verstande dat het bestuur vervolgens nog wel bij zijn besluitvorming, ongeacht de instructie, het belang van de eigen stichting of vereniging als richtsnoer moeten nemen.²⁰ De uitkomst van die belangenafweging en niet de gegeven instructie is bepalend.

17 Olaerts 2015, p. 51-64 en Koelemeijer 2015, p. 65-71.

18 HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Forumbank) en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, JOR 2007/178 (ABN AMRO).

19 Artikel 2:129/239 lid 4 BW.

20 Asser-Rensen 2-III* 2012/128.

De onderwijswetgeving bevat een zeer groot aantal goedkeurings- en adviesrechten ten gunste van anderen dan het bestuur die de bestuursbevoegdheid beperken. Al die rechten tezamen kunnen op enig moment leiden tot de vraag of de bestuursautonomie van de bestuurder niet te veel wordt uitgehold. Die vraag is niet geheel onterecht, nu de bestuursbevoegdheid, en daarmee de bijbehorende bestuursautonomie, indringend wordt beperkt als meerdere organen en belanghebbenden een (te) grote invloed hebben op de uiteindelijke besluitvorming.²¹ Een te vergaande beperking kan leiden tot bestuurlijke patstellingen.

9.3.2 *De januskop van bestuursautonomie in het rechtspersonenrecht*

De bestuursautonomie wordt voor een belangrijk deel beïnvloed door de door de bestuurders af te wegen belangen. Naarmate het door hen te dienen belang alomvattender is, ontstaat al vrij snel een situatie waarin bestuurders met botsende en soms zelfs geheel tegenstrijdige belangen rekening moeten houden.

In het vennootschapsrecht is van oudsher een debat gaande over de vraag welk belang nu voorgaat: dat van de aandeelhouder, dat van de rechtspersoon of dat van de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming.²² Maeijer koos daarbij voor een autonome invulling van het belang van de rechtspersoon. Het gaat om een eigen, zelfstandig belang dat bestaat naast de belangen van de anderen die bij de rechtspersoon zijn betrokken.²³ Deze autonome of institutionele opvatting hecht waarde aan het eigen belang van de rechtspersoon en een flexibele benadering van die leer biedt ook ruimte voor het behartigen van belangen van bij de rechtspersoon betrokkenen anders dan de aandeelhouder.²⁴ De inhoud van het institutionele belang van de rechtspersoon kan vervolgens invulling krijgen afhankelijk van de (statutaire) inrichting en de omstandigheden van het geval. Verdam noemt dit het “dik dan wel dun zijn” van het eigen belang van de rechtspersoon.²⁵ Timmerman sprak over het beginsel dat binnen een rechtspersoon een veelheid van belangen wordt nagestreefd die tegen elkaar worden afgewogen.²⁶

21 Het is vanuit dit perspectief dat sommigen nog steeds pleitten voor een uitgewerkte regeling voor maatschappelijke ondernemingen. Zie o.a. Helder 2013, p. 123-130 en p. 295-298. Zoontjens en Noorlander wezen dit af voor het onderwijs: Zoontjens & Noorlander 2010, p. 111-138. Laseur pleitte in 2012 voor een meer uitgeklete variant en zag vooral meerwaarde in het nadrukkelijker binden van maatschappelijk partners aan de school. Zie Laseur 2012.

22 Blanco Fernández hecht grote waarde aan het aandeelhoudersbelang; Maeijer gaat uit van een autonome taakinfilling: J.M. Blanco Fernández 2009, par. 21-23 en Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293.

23 Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293.

24 Timmerman 2014 en Raaijmakers 2014.

25 Verdam 2015, p. 69.

26 Timmerman 2009a, par. 10-17.

Naar aanleiding van het *Cancun-arrest* uit 2014 is het debat over het eigen belang van de rechtspersoon nieuw leven in geblazen.²⁷ In dit arrest overwoog de Hoge Raad namelijk dat “het vennootschapsbelang in de regel vooral [wordt, MN] bepaald door het bevorderen van het *bestendige succes* van deze onderneming” [cursivering MN].²⁸ Deze overweging kan als nieuw worden ervaren omdat het eigen belang van de vennootschap nadrukkelijker samen lijkt te vallen met bestendigheid van de onderneming en ook anders luidt dan de wettelijke formulering van artikel 2:239 lid 5 BW (“Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”).²⁹ Het idee dat het vennootschapsbelang wordt bepaald door het bestendige succes van zijn onderneming is schatplichtig aan Assink, Verdam en De Jongh.³⁰ De laatste omschreef het vennootschapsbelang als “het belang van de onderneming bij bestendige of duurzame waardecreatie”.³¹

Dat vennootschappelijke belang wordt in het arrest Cancun ook gekoppeld aan de taak van de bestuurder om “bij de vervulling van hun taak (...) voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken”.³² De richtsnoer van het institutionele belang van de rechtspersoon zoals verwoord in de eerste rechtsoverweging en de in de daaropvolgende rechtsoverweging aangehaalde norm van redelijkheid en billijkheid, kan men aanmerken als een zorgplicht voor de bestuurder.³³ De Hoge Raad spreekt ook over een “zorgvuldigheidsverplichting”.³⁴ Kennelijk houdt volgens de Hoge Raad – in lijn met het in Hoofdstuk 1 beschreven beeld van bestuurder – besturen in elk geval een zorgen in.

27 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde, *Ondernemingsrecht* 2014/101 m.nt. A.F.J.A. Leijten, JOR 2014/290 m.nt. R.G.J. de Haan (Invernostra c.s./Cancun Holding I BV, Cancun Holding II BV e.a.). De casus zelf ging onder meer over de rechtspersonenrechtelijke verhoudingen en de relatie tussen het concernbelang, het belang van de samenwerkingspartners en het eigen van belang van de betrokken vennootschappen. De juridische structuur bestond uit een samenwerking tussen twee Spaanse investeerders voor de bouw en exploitatie van een hotelcomplex in Cancun te Mexico, een in Nederland gevestigde gezamenlijk holding, een Mexicaanse dochter en een Curaçaose dochter.

28 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.1.

29 Verdam 2015, p. 69.

30 Assink 2010, p. 40-41, Verdam 2013, par. 11.1 (“goedlopende en goed renderende onderneming”) en De Jongh 2014.

31 De Jongh 2014, p. 478.

32 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.2. De Hoge Raad verwijst daarbij naar HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I).

33 Verdam 2015, p. 70.

34 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.2.

Zowel Assink als Timmerman spreekt in dit verband over “de januskop van het ondernemingsrecht”.³⁵ Het rechtspersonenrecht bevat aan de ene zijde een zicht op vrijheid die tot uitdrukking komt in ‘decorbeginselen’ die uitgaan van de bestuursautonomie. Aan de andere, regulatieve zijde erkent het rechtspersonenrecht het bestaan van regels en waarborgen die moeten helpen de met die decorbeginselen komende vrijheid te begrenzen. Het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel zijn voorbeelden van belangrijke decorbeginselen. Dit betekent onder meer dat eenieder die een bevoegdheid heeft, die bevoegdheid ook uit dient te oefenen met inachtneming van het beginsel van proportionaliteit. Dat geldt zowel voor bestuurders als voor betrokkenen; en volgens Timmerman ook voor de rechter die doorgaans slechts met terughoudendheid in een op zichzelf legitieme bevoegdheidsuitoefening mag ingrijpen.³⁶ Vertaald naar het onderwijs: niet alleen de bestuurder maar alle betrokkenen bij de onderwijsorganisatie dienen prudent met hun privaatrechtelijke (of publiekrechtelijke) bevoegdheden om te gaan op het moment dat gebruikmaking van die bevoegdheden ingrijpt in op zichzelf rechtmatig handelen door een bestuurder.

9.3.3 *Het belang van de onderwijsorganisatie*

Bestuurders van onderwijsorganisaties dienen naar analogie van het algemeen rechtspersonenrecht zich te richten naar het belang van de eigen onderwijsorganisatie en de door die onderwijsorganisatie in stand gehouden onderwijsinstellingen.³⁷ Dit roept de vraag op wat dan dat belang eigenlijk is. Is dat alleen het eigen belang van de rechtspersoon (lees: de onderwijsorganisatie), de scholen of onderwijsinstellingen? Of is sprake van een breder belangenspectrum? En zo ja, gaat het dan alleen om de direct betrokkenen (zoals ouders, leerlingen/studenten en personeel) of ook om indirect betrokkenen (samenwerkingspartners, lokale overheden en de rijksoverheid, al dan niet als toekomstig schuldeiser)?

In het vennootschapsrecht speelt dit als vermeld bij de afweging van het institutionele belang en het belang van de aandeelhouder(s). Verdedigd kan worden dat het belang van de onderwijsorganisatie en de in stand gehouden instellingen niet ook omvat het maatschappelijk of publiek belang. In het concept van de memorie van toelichting bij het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen werd niet voor niets opgemerkt dat de wettelijke taakomschrijving van de bestuurder (het zich richten naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie) een algemene regeling behelsde en ruimte liet om in sectorale regelgeving op te nemen dat bij de vervulling

³⁵ Assink 2010 en Timmerman 2009b.

³⁶ Timmerman 2009b, par. 3.

³⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2 (artikel 2:9 lid 3 BW Nieuw).

van die taak ook specifiek acht moest worden geslagen “op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen”.³⁸ A contrario zou dit betekenen dat per definitie het belang van de onderwijsorganisatie en de in stand gehouden instellingen niet gelijk is aan het maatschappelijk publiek belang. Dit sluit ook aan bij de opvatting van Assink over het vennootschapsbelang en de belangen van de bij de vennootschap betrokkenen. Dat zijn volgens hem te onderscheiden belangsferen die uit elkaar dienen te worden gehouden.³⁹

Een voorbeeld waarin desondanks wel tot zo’n wettelijke toevoeging werd overgegaan, is te vinden in artikel 31 Woningwet dat commissarissen verplicht om zich ook te richten “naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden”.⁴⁰ Boschma en zijn Groningse collega’s meenden met de Gecombineerde Commissie vennootschapsrecht dat deze toevoeging onnodig en onverstandig was.⁴¹ Zij merkten op dat het in artikel 31 Woningwet gehanteerde begrip maatschappelijk belang “multi-interpretabel en nauwelijks objectiveerbaar” is en dat dit het aanbrengen van een rangorde vergt tussen alle belangen wat “niet eenvoudig – zo niet onmogelijk” is.⁴² Die opmerkingen zijn volledig terecht. Een dergelijke toevoeging leidt tot een onnodige versmelting van private en publieke belangen en veronderstelt ten onrechte dat die belangsferen niet kunnen botsen.

De afgelopen jaren staat het potentiële conflict tussen het eigen (private) belang van de onderwijsorganisatie, het publieke belang van de Staat bij het geven van onderwijs en het belang van ouders en leerlingen/studenten hernieuwd onder de aandacht. Aanjager van dit debat is het advies ‘Publieke belangen dienen’ van de Onderwijsraad uit 2013 en het in hetzelfde jaar verschenen advies van de Commissie-Halsema over behoorlijk bestuur in de semipublieke sector.⁴³ Beide pleitten, kort gezegd, voor meer aandacht bij bestuurders voor het publiek belang. In 2013 sprak minister Bussemaker over het belang van meer besef bij bestuurders voor “de onderliggende publiek waarden” en onderschreef zij de

38 MvT Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, www.internetconsultatie.nl, 6 februari 2014, p. 18. Opgemerkt moet worden dat in de memorie van toelichting alleen wordt gesproken over een dergelijke toevoeging bij de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan. De mogelijkheid om ook bij de nadere omschrijving van de taak van bestuurders tot zo’n toevoeging over te gaan wordt echter niet uitgesloten.

39 Assink 2010, p. 40.

40 Opgenomen is dat commissarissen zich bij de vervulling van hun taak niet alleen dienen te richten naar het belang van de toegelaten instelling en de door haar in stand gehouden onderneming, maar ook “naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden”. De toevoeging is te herleiden tot de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Stb. 2015, 145, dossier 32769).

41 Boschma e.a. 2014, p. 164-165 en Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, *Advies inzake de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting*, Den Haag, 20 oktober 2011, p. 4.

42 Boschma e.a. 2014, p. 164-165.

43 Onderwijsraad 2013c en *Een lastig gesprek* 2013.

opvatting van de Onderwijsraad “dat interne toezichthouders, naast een instellingsbelang, ook een breder publiek belang dienen”.⁴⁴

Het door bestuurders nastreven van het eigen belang van de onderwijsorganisatie is uiteraard al snel ook in het publiek belang. In tegenstelling tot hetgeen de Commissie-Halsema suggereert zijn de belangen echter niet gelijk en vertonen zij ook niet steeds overlap.⁴⁵ Zij liggen veeleer in elkaars verlengde. Zij kunnen botsen en het is de taak en bevoegdheid van bestuurders om in concrete gevallen een afweging te maken tussen het eigen belang van de onderwijsorganisatie en het publieke belang van de overheid. Dat moet een bestuurder autonoom kunnen doen. Zou een bestuurder in eerste instantie het publieke belang dienen of het belang van andere stakeholders, dan bestaat de kans dat hij zijn bestuurlijke taak onbehoorlijk vervult.

De gedachten over een voor bestuurders van onderwijsorganisaties geldende extra norm om zich tevens te richten op het publiek belang is overigens in zekere zin terug te lezen in de diverse branchecodes voor goed bestuur voor het onderwijs. In deze codes wordt aandacht besteed aan de maatschappelijke rol van de onderwijsorganisatie en het belang van de horizontale/maatschappelijke dialoog door onderwijsorganisaties en hun bestuurders. De Branchecode goed bestuur mbo van de MBO Raad en de Code goed onderwijsbestuur van de VO-raad overwegen alle twee dat bestuurders publieke belangen dienen en dat dit een maatschappelijke verantwoordelijkheid met zich brengt.⁴⁶ Beide branchecodes getuigen echter niet van het besef dat er een rangorde kan bestaan tussen het eigen belang van de onderwijsorganisatie en het publiek belang. Ook is het verschil tussen rechtsnorm, juridische gedragsnorm en verlangde gedragsnorm niet helder uitgewerkt. De in de codes beschreven verlangde gedragsnorm is in elk geval zonder duidelijke toelichting strenger en subjectiever van aard dan de toetsingsnorm van bestuurdersaansprakelijkheid, de publiekrechtelijke zorgplicht goed bestuur of de norm van wanbeheer als bedoeld bij de aanwijzingsbevoegdheid. Dat is mijns inziens een reden om de naleving van deze in de branchecodes aanvullende gedragsnorm zeer terughoudend te toetsen.

9.3.4 *Duurzame waardecreatie als na te streven belang*

De autonomie van de bestuurder is natuurlijk begrensd door de redelijkheid en billijkheid die verlangt dat hij bij zijn taakvervulling tot op zekere hoogte rekening houdt met de

44 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 10, p. 9 en p. 14.

45 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 14-15.

46 *Branchecode MBO* 2014 en *Branchecode VO* 2015.

belangen van anderen.⁴⁷ Artikel 2:8 BW geeft aan dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie zijn betrokken, zich jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door de norm van redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Deze norm geldt voor bestuurders en voor de personen die bij de rechtspersoon zijn betrokkenen. Dat kunnen organen van de rechtspersoon zijn maar ook de medezeggenschapsraad of derden. Artikel 2:8 BW heeft een aanvullende werking (in aanvulling op de wet en de statuten geldt ook de norm van redelijkheid en billijkheid) en een beperkende werking (wet, statuten, gewoonte of besluiten gelden niet als dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is). Zowel de aanvullende als de beperkende werking heeft tot gevolg dat een bestuurder bij de vervulling van zijn bestuurstaak een afweging dient te maken en mag maken.

Het op de redelijkheid en billijkheid aansluitende evenredigheidsbeginsel gaat uiteindelijk om maat houden.⁴⁸ De Jongh trekt dit – voor wat betreft het vennootschapsrecht – door naar het door de bestuurder in het kader van zijn bestuurstaak te dienen belang van “bestendige of duurzame waardecreatie”.⁴⁹ Hieronder vallen volgens hem aspecten als continuïteit, een zekere maatschappelijke inbedding en de inspanningsverplichting om belangen van betrokkenen bij de rechtspersoon af te wegen. Zijn benadering lijkt ook voor het onderwijs aantrekkelijk. Het maakt immers inzichtelijk dat het maatschappelijk belang van het onderwijs als zodanig – zeker op lange termijn – zwaar mag wegen voor de bestuurder. Het evenredigheidsbeginsel en de maatstaf van “bestendige of duurzame waardecreatie” bieden de bestuurder in die zin bescherming. Op het moment dat anderen dan het bestuur een inbreuk wensen te maken op het private belang van de onderwijsorganisatie, en daarmee op de bestuurlijke autonomie, kan de bestuurder wijzen op het door hem als bestuurder te dienen belang van “duurzame waardecreatie”, de bestuurlijke autonomie om zelf de belangen af te wegen en keuzes te maken en de door de ander te betrachten evenredigheid. Het belang van “duurzame waardecreatie” gaat vooraf aan en ligt in een andere sfeer dan het belang van elke afzonderlijke betrokkene. Het duidt in mijn lezing uiteindelijk op de inspanningsverplichting om als bestuurder een afweging van de verschillende belangen te maken.

De keuze voor “duurzame waardecreatie” kent enige verwantschap met het voorstel tot herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code waarin het begrip ‘langeter-

47 Tjong Tjin Tai 2007, p. 77 en Van der Grinten 2004, p. 57-70.

48 Timmerman & Van Ginneken 2011, p. 601-602.

49 De Jongh 2011, par. 2.2.2 en De Jongh 2014, p. 478.

mijnwaardecreatie' wordt gehanteerd.⁵⁰ Met dit begrip wil de Commissie Monitoring aandacht vragen voor de focus op lange termijn waardecreatie van een vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Die focus verlangt volgens de Commissie Monitoring van het bestuur en de raad van commissarissen "dat zij duurzaam handelen, door zich bij de uitoefening van de hun toebedeelde taken te richten op lange termijn waardecreatie, aandacht te hebben voor kansen en risico's en daarbij de belangen van alle bij de vennootschap betrokken stakeholders mee te wegen".⁵¹ De Commissie Monitoring lijkt aan te geven dat geen sprake is van een eigen of nieuwe norm maar van een verantwoordelijkheid van het bestuur inhoudende dat "bij het formuleren van de strategie een zorgvuldige belangenafweging van alle bij de vennootschap betrokken stakeholder wordt gemaakt". Benadrukt wordt dat de primaire verantwoordelijkheid voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming ligt bij het bestuur waarna wordt opgemerkt dat het belang van lange termijn waardecreatie een "richtsnoer" is "voor de wijze waarop het bestuur dient te handelen".⁵² Zo verlangt de Commissie Monitoring "dat het bestuur een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap vaststelt. Deze visie zal moeten worden vertaald in een strategie, waarin het bestuur concreet aangeeft op welke wijze de visie kan worden gerealiseerd. De strategie is niet statisch".⁵³ De wijze waarop de Commissie Monitoring het begrip "lange termijn waardecreatie" hanteert duidt op de keuze voor een morele gedragsnorm waarvan de naleving niet zelfstandig afdwingbaar is, maar waarvan mag worden verwacht dat de vraag of de belangen van betrokkenen überhaupt zijn afgewogen wel een rol kan spelen bij de beoordeling van de kwaliteit en zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces.

9.4 EEN JURIDISCH BEOORDELINGSKADER ALS HANDVAT VOOR HET VERBINDEND THEMA

9.4.1 *Inspiratiebronnen*

Er bestaat een grote behoefte aan het begrenzen van de autonomie van de bestuurder in het onderwijs en het ter discussie stellen van de legitimiteit van de autonomie van de bestuurder.⁵⁴ Die behoefte is terug te vinden in de hiervoor besproken dubbele gezichten

50 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Nederlandse Corporate Governance Code, Voorstel voor herziening, Een uitnodiging voor commentaar*, Den Haag, 11 februari 2006, p. 6-9 (Voorstel Nederlandse Corporate Governance Code 2016).

51 Voorstel Nederlandse Corporate Governance Code 2016, p. 7.

52 Voorstel Nederlandse Corporate Governance Code 2016, p. 8.

53 Voorstel Nederlandse Corporate Governance Code 2016, p. 8.

54 *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5 en nr. 10.

van zowel het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel als de rechtspersonenrechtelijke bestuursautonomie.

Uit hoofdstuk 3 blijkt dat inmiddels 99% van de onderwijsorganisaties een private rechtsvorm kent en daarmee op afstand staat van de overheid. Ook voor de openbare universiteiten geldt dat zij onverminderd hun publiekrechtelijke bestuursvorm, vrijwel geheel zelfstandig functioneren. Het onderwijs in Nederland wordt niet gegeven door de overheid maar door anderen. Die afstand betekent – bezien in samenhang met het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel en de door het rechtspersonenrecht beschermde bestuursautonomie – dat bij begrenzings van de autonomie van de bestuurder in het onderwijs door de wetgever of de overheid altijd een afweging gemaakt moet worden tussen enerzijds de klassiek-liberale en confessionele nadruk op vrijheid ten opzichte van de overheid en anderzijds de sociaaldemocratische focus op solidariteit en verheffing.

De neiging is groot om na te denken over een kader voor de beoordeling van begrenzings van de bestuurlijke en onderwijsrechtelijke autonomie. Als het uitgangspunt is dat autonomie waardevol is, dan is de juridische vraag of en wanneer een begrenzing van de bijbehorende autonomie van de onderwijsorganisatie en haar bestuurder(s) al dan niet gerechtvaardigd is. Aangezien niet alleen rechtssubjecten zich hebben te houden aan wet en regels maar ook de overheid, zouden inbreuken op de autonomie van de bestuurder van een onderwijsorganisatie door de overheid in theorie getoetst kunnen worden aan de vraag of zij bijdragen aan “de erkenning van de waardigheid van de mens in de ordening van het maatschappelijk leven”.⁵⁵

Voor het geven van een aanzet voor een dergelijk beoordelingskader bieden naast het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel en de rechtspersonenrechtelijke bestuursautonomie meerdere bronnen ter inspiratie. Een eerste voor de hand liggende inspiratiebron is de rechtsstaat. De rechtstaat als toetsingskader gaat uit van normen als vrijheid, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie en het belang van de door de rechtsstaat te realiseren waarden.⁵⁶ Dat biedt een handvat om te beoordelen of (1) door de wetgever geïntroduceerde of te introduceren inbreuken voorzienbaar zijn (rechtszekerheid), (2) of de democratische legitimatie voldoende is en (3) of er voldoende rechtsbescherming openstaat tegen inbreuken.⁵⁷ In het algemeen bestuursrecht zien we dit toetsingskader onder meer terug in het door artikel 3:4 lid 2 Awb bestreken evenredigheidsbeginsel. Ook het contractenrecht gaat uit van autonomie en binnen dat contractenrecht wordt grote waarde gehecht aan

55 Van Ommeren 2003b, p. 18 met een verwijzing naar Hirsch Ballin 1982, p. 22.

56 Van Ommeren 2003b, p. 17-18.

57 Zijlstra 2012, p. 71-80.

informed consent.⁵⁸ De contractuele autonomie wordt in elk geval begrensd door de verlangde goede trouw. Jansen sprak in dit verband over de spanning tussen “autonomie en solidariteit” en tussen juridische “techniek en moraal”.⁵⁹ Die opmerking maakt reeds inzichtelijk dat het bijbehorende debat over autonomie deels rechtsfilosofisch van aard is. Dworkin overwoog bijvoorbeeld in 1971 dat autonomie in het contractenrecht uitgangspunt is, maar dat paternalisme te rechtvaardigen is als dat de *consent* bij de ander borgt of bevordert en het antwoord op die vraag wordt volgens hem mede beïnvloed door de mate waarin de aanvaarding van een potentieel negatief contract terug te draaien is.⁶⁰ Van Boom wijst er ook op dat het bij het beschermen van belangen in het contractenrecht gaat om een afweging tussen autonomie en paternalisme.⁶¹

De Hoge Raad spreekt in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid en enquête, welk leerstuk is besproken in hoofdstuk 6, over een “zorgvuldigheidsverplichting”.⁶² Volgens de Hoge Raad heeft de bestuurder zich te richten naar het belang van “bestendig succes”.⁶³ De Jongh beziet dit zoals besproken als het door de bestuurder te dienen belang van “bestendige en duurzame waardecreatie”.⁶⁴ Hendrikse en Overes wijzen beiden op zorgvuldigheid en loyaliteit.⁶⁵ Van Ginneken en Timmerman nemen het evenredigheidsbeginsel als vertrekpunt en schreven over de mogelijkheid om dit beginsel te benutten als “methodiek om te beoordelen of een bevoegdheidsuitoefening door een persoon of instantie (publiek of privaat) in de gegeven omstandigheden van het geval toelaatbaar is”.⁶⁶ Het evenredigheidsbeginsel maakt het volgens hen mogelijk om de “grenzen van geoorloofde bevoegdheidsuitoefening te bepalen”, kan “willekeurige machtsuitoefening” aan banden leggen en biedt door het open karakter van de normen ruimte aan een aspect als “maat”.⁶⁷ Timmerman noemde dit eerder het door betrokkenen te betrachten proportionaliteitsbeginsel.⁶⁸

Alle in voormelde inspiratiebronnen terug te vinden beginselen bevatten logischerwijs open normen. Dat heeft tot gevolg dat zij niet alleen de bestuurder bescherming bieden, maar de onderwijswetgever en overheid ook enige ruimte bieden om in een vroeg stadium een beroep te doen op de aanhoudende zorg van de regering voor het onderwijs, de teleologisch-dynamische uitleg van artikel 23 Grondwet (of het primaat van de politiek) en de eigen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid. Een mogelijke nadere concretisering is

58 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/413.

59 Jansen 2012, p. 561 en p. 570.

60 Dworkin 1971, p. 185 en p. 187.

61 Van Boom 2008, p. 252-253.

62 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.2.

63 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, r.o. 4.2.1.

64 De Jongh 2014, p. 478.

65 Hendrikse 2009 en Overes 2015.

66 Van Ginneken & Timmerman 2011, par. 4.

67 Van Ginneken & Timmerman 2011, par. 4.

68 Timmerman 2009b, par. 3.

evenwel denkbaar door inspiratie te ontlelen aan de jurisprudentie van het EHRM over het evenredigheidsbeginsel. Schild overweegt dat die jurisprudentie een bruikbaar concept kan zijn bij het door anderen beoordelen van het bestuurlijk handelen.⁶⁹ In zijn opvatting is het niet aan de rechter om te oordelen wat de beste keuze is en is een ingrijpen in het handelen van de bestuurder, en daarmee een beperking van de bestuurlijke autonomie, slechts mogelijk wanneer een bestuurder een keuze maakt die niet langer redelijk is. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de bestuurder op onaanvaardbare wijze voorbijgaat aan de belangen van betrokkenen. Schild hanteert vervolgens voor de beoordeling van de vraag of een handeling van een bestuurder voldoet aan het evenredigheidsbeginsel het volgende redeneerschema: (a) dient de handeling een rechtens te respecteren doel, (b) is de handeling passend met het oog op dat doel, (c) is de handeling noodzakelijk met het oog op het beoogde doel en (d) zijn de gevolgen niet disproportioneel?⁷⁰ Dit redeneerschema is door Schild deels ontleend aan Aronstein.⁷¹ Het redeneerschema lijkt bovendien schatplichtig aan het door Van Emmerik en Barkhuysen beschreven toetsingskader inzake schendingen door de overheid van het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 Eerste Protocol EVRM.⁷²

9.4.2 Een aanzet voor een juridisch beoordelingskader

De hiervoor besproken beginselen en inspiratiebronnen zijn waardevol omdat ze helpen na te denken over nut en noodzaak van eventuele begrenzingen van autonomie. Combineert men de diverse inspiratiebronnen met elkaar en met het in paragraaf 1.5 beschreven beeld van de bestuurder dat besturen (uiteindelijk) een zorgen betekent, dan kan de volgende aanzet worden geformuleerd voor een juridisch beoordelingskader van begrenzingen van de autonomie van de bestuurder in het onderwijs.

1. Heeft de bestuurder invloed op de vaststelling en interpretatie van de norm (verbod op willekeur en *evidence based*)?
2. Is de norm die de bestuurlijke autonomie begrenst kenbaar, de mogelijke inzet van een interventie-instrument voorzienbaar en het beoordelingskader verifieerbaar (rechtszekerheid)?
3. Is bij de vaststelling van de norm inzichtelijk of sprake is van een rechtsnorm, een juridische gedragsnorm of een aanvullende verlangde gedragsnorm?

69 Schild 2011, par. 12.

70 Schild 2011, par. 10.

71 Aronstein 2011.

72 Paragraaf 9.3.6.

4. Dient de norm, het interventie-instrument of de daadwerkelijke interventie een gerechtvaardigd belang (noodzakelijk en gerechtvaardigd)? Is de norm bijvoorbeeld direct of in elk geval voldoende indirect te herleiden tot de verantwoordelijkheid van de regering voor het borgen van de kwaliteit van het stelsel van onderwijs?
5. Is de norm, het interventie-instrument of de daadwerkelijke interventie passend en proportioneel (*fair balanced*)?
6. Kan de bestuurder bij een (voorgenomen) interventie aanspraak maken op adequate rechtsbescherming (*fair trial*)?

Deze aanzet veronderstelt dat autonomie als beginsel waardevol is. Autonomie is een vrij stevig beginsel omdat het aangeeft dat er sprake is van een onderscheid tussen de een en de ander. Het gaat uit van soevereiniteit. Bij elke beoordeling van een begrenzing geldt uiteraard een *margin of appreciation*. Voor de rechter geldt dat voor zover sprake is van een wettelijke begrenzing van de autonomie, hij in elk geval niet bevoegd is om te toetsen of de onderliggende wettelijke bepaling past binnen de door artikel 23 Grondwet beschermde grondrechten van vrijheid van onderwijs, richting en inrichting. Het verbod op constitutionele toetsing maakt dat immers onmogelijk. Voor een toetsing van begrenzingen aan meer algemene grondrechten bestaat wel enige ruimte mits kan worden gewezen op de door het EVRM beschermde grondrechten. De uiteindelijke beoordeling van een begrenzing zal echter altijd enigszins subjectief zijn en kan verschillen naar gelang de bestuurlijk-politieke opvatting over de verhouding overheid en onderwijsorganisaties. Het blijft bij begrenzingen niettemin een voortdurende zoektocht naar de juiste balans. Het geformuleerde beoordelingskader bood daarvoor in dit onderzoek een handvat.

9.5 BEOORDELING VAN ARGUMENTEN VOOR BEGRENZING VAN DE AUTONOMIE VAN DE BESTUURDER

In vrijwel elke rechtsverhouding waarmee een bestuurder te maken heeft, kan hij een beroep doen op enig beginsel van autonomie. Die beginselen zijn in de vorige paragrafen nog eens uiteengezet. Tegelijkertijd kan het begrenzen van diezelfde autonomie door het vaststellen van een norm of (het inzetten van) een interventie-instrument gerechtvaardigd zijn. Bezieet men de argumentatie voor de meeste begrenzingen van de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders, dan valt op dat bij begrenzingen steeds drie dezelfde argumenten terugkeren: (1) het argument van het algemeen belang, (2) het argument van risicobeperking en (3) de benadering van *last resort*. Bezieet men deze argumenten in het licht van de geformuleerde aanzet voor een juridisch beoordelingskader dan kan daarover het volgende worden opgemerkt.

Ad 1) Het algemeen belang als argument voor begrenzing

De bescherming van het algemeen belang is een klassiek argument voor de begrenzing van autonomie in het onderwijs. Te beschermen oorspronkelijke belangen betreffen de gewenste bekwaamheid en zedelijkheid van docenten, veiligheid en gezondheid van de huisvesting, de passende (godsdienstige) richting van het onderwijs en de dienstbaarheid van het onderwijs aan het algemeen belang van de staat. We treffen deze belangen reeds aan bij de toelichtingen op de voorstellen van de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen, de eerste Schoolwetten en de Grondwetten van 1814, 1815 en 1848.⁷³ De Grondwet 1848 bevestigde de bevoegdheid van de wetgever om bij wet het toezicht op het onderwijs te regelen en eisen te stellen aan de bekwaamheid van onderwijzers en de bevoegdheid van de overheid om onderzoek te verrichten naar de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijzers. Bij de in 1889 ingevoerde voorwaarde van rechtspersoonlijkheid voor het bijzonder onderwijs, werd overwogen dat deze begrenzing de deugdelijkheid van het onderwijs moest beschermen.⁷⁴

Het algemeen belang als argument speelt ook een rol bij die begrenzingen en interventie-instrumenten die de rechtmatige en doelmatige verkrijging en besteding van publieke middelen beogen te beschermen. Dit algemene financiële belang werd reeds benoemd bij de Lager onderwijswet van 1889 ter motivering van het verbod op winstoogmerk.⁷⁵ Het algemene financiële belang speelt ook een rol bij bijvoorbeeld de invoering van bekostigingsvoorwaarden die beogen het rendement van het onderwijsproces te vergroten en het onderwijsaanbod meer macrodoelmatig te laten zijn.⁷⁶ Het algemeen belang vertaalt zich tevens in pleidooien voor het door bestuurders dienen van publieke belangen, het te hanteren normatief-ethisch kader of het door bestuurders te betrachten maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef.⁷⁷ We lezen het argument voorts terug in de – uiteindelijk door de Tweede Kamer weggestemde – voorstellen omtrent de meldingsplicht voor intern toezichthouders.⁷⁸ De regering legde in de toelichting op de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen zelfs nadrukkelijk de link met het verlangde normatief-ethisch kader van goed bestuur.

“Naar aanleiding van de incidenten die zich hebben voorgedaan over de volle breedte van de publieke sector wordt goed bestuur sinds enkele jaren in het beleid, de politiek en de media meer en meer in ethisch-normatief perspectief

⁷³ Zie Hoofdstuk 2.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 33.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 1888/89, 89, nr. 10, p. 33.

⁷⁶ Nolen 2014.

⁷⁷ Onderwijsraad 2013a, p. 13 en p. 19-20.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 8.

geplaatst. Het aanreiken van aanvullende juridisch kaders door middel van dit wetsvoorstel is niet alleen op de bovengenoemde gronden noodzakelijk, maar draagt bovendien bij aan de ontwikkeling van een moreel besef en «public spirit» bij toezichthouders, bestuurders en andere betrokkenen bij onderwijs-bestuur en aan een gedisciplineerde werking van het goed besturen van instellingen en een meer verantwoorde besteding van publieke middelen (meer risicobeheersing, waar in de publieke opinie om gevraagd wordt).»⁷⁹

Aandachtspunt bij het argument van het algemeen belang is, dat datzelfde algemeen belang soms ook gediend kan zijn met de acceptatie van *spill and loss*. Als het uitgangspunt van autonomie waardevol is, dan kan het soms baten om in specifieke omstandigheden te accepteren dat er dingen niet gaan zoals de algemeen gedeelde opvatting verlangt. De vraag is dan wat het algemeen belang precies verlangt. Is dat een (bekostigings)sanctie of op de bestuurder gerichte interventie of kan het algemeen belang er ook mee gediend zijn dat in individuele gevallen de aandacht vooral uitgaat naar het bestuurlijke oplossen van het probleem omwille van het onderwijs aan opvolgende leerlingen op die onderwijsinstelling of opleiding? Als dat laatste de voorkeur verdient, dan zou dat kunnen nopen om te aanvaarden dat het niet noodzakelijk is om alles vooraf dicht te regelen en dat niet bij elke onrechtmatigheid een sanctie of interventie noodzakelijk is. Meer ruimte voor inpassing van evenredigheid en meer flexibiliteit kan helpen om te bereiken dat begrenzings van de autonomie meer *fair balanced* zijn; en daarmee minder snel de autonomie van de bestuurder beperken.

Ad 2) Het argument van risicobeperking

Het argument van risicobeperking is een tweede veelvuldig gebruikt argument om begrenzings van de bestuurlijke autonomie te rechtvaardigen.⁸⁰ In onderzoeken en reacties naar aanleiding van incidenten wordt met enige regelmaat op de risico's gewezen van niet functionerende bestuurders en te veel autonomie voor het (lokale) onderwijsbestel, leerlingen/studenten en de onderwijsorganisatie.⁸¹ Het enkele bestaan van die risico's wordt vervolgens aangegrepen om de legitimiteit van de bestuurlijke autonomie aan de orde te stellen en voorstellen te doen om die autonomie te begrenzen.⁸² Het aanreiken van aanvullende juridisch kaders wordt bijvoorbeeld door de regering gemotiveerd met de opmerking: «meer risicobeheersing, waar in de publieke opinie om gevraagd wordt».⁸³

79 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 8.

80 Hooge 2013, p. 9 en Nolen 2013b, p. 67 met een verwijzing naar Van Tol, Helsloot & Mertens 2012.

81 Van Twist e.a. 2013a, Van Twist e.a. 2013b en BOOR 2012.

82 *Autonomie verplicht* 2012 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nr. 5 en nr. 10.

83 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, nr. 3, p. 8. In de toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht onderwijs wordt het woord 'risico' liefst negenentwintig keer gebruikt.

De eenzijdige nadruk op risicobeheersing kan ten koste gaan van de reflectie over de aard en zin van het toezicht.⁸⁴ Niet alle risico's zijn in regels te vangen en regels kunnen, aldus De Bijl, onderdeel zijn van het probleem. Met een verwijzing naar Shleifer merkt De Bijl op dat de essentie van publieke belangen niet vaststaat en dat ze dus ook "niet-contracteerbaar" zijn en niet zijn vast te leggen in harde normen.⁸⁵ Risicobeheersing vergt een steeds verfijnder normenstelsel en dat kan ten koste gaan van de kenbaarheid en rechtszekerheid. De beoordeling van risico's vergt voorts een vergelijking tussen onderwijsorganisaties en indeling in categorieën van intensiteit. Dat kan aanleiding geven om steeds meer signaleringswaarden te hanteren die als aanvullende verlangde gedragsnormen kunnen gaan gelden of bestaande rechts- en juridische gedragsnormen inkleuring geven. Het argument van risicobeperking is niet onomstreden. Risico's worden bijvoorbeeld door burgers soms wel degelijk geaccepteerd en de mate van risicoacceptatie is sterk verbonden met het gevoelde belang van waarden als rechtvaardigheid, moed, wederkerigheid, soevereiniteit of vrijheid.⁸⁶ Zonder risico's geen succes. De erkenning dat het enkele bestaan van risico's soms wel degelijk acceptabel is, biedt in elk geval de kans om bij de keuze voor begrenzing van autonomie een meer proportionele afweging te maken tussen de beschikbare instrumenten.

Ad 3) De last resort benadering

Een argument dat vooral bij de invoering van interventie-instrumenten terug is te zien, is de verwijzing naar de verwachting dat het nieuwe interventie-instrument slechts zelden zal worden gebruikt. Met name bij interventies die ingrijpend kunnen zijn voor de autonomie van de bestuurder, zoals de aanwijzingsbevoegdheid en bekostigingssancties, wordt bij de introductie opgemerkt dat gebruikmaking van dergelijke instrumenten in beginsel volgt op minder vergaande interventies.⁸⁷ Deze benadering gaat uit van het idee dat de introductie van een nieuw interventie-instrument voldoende proportioneel is als verwacht mag worden dat alleen in *last resort* van dat instrument gebruik wordt gemaakt.

De *downside* van dit argument is tweërlei. Allereerst geldt dat als er een instrument is, de politieke vraag kan zijn waarom bij bepaalde signalen geen gebruik is gemaakt van dat instrument. Ten tweede geldt dat ook als alleen in *last resort* tot interventie wordt overgegaan, het enkele bestaan van zo'n instrument al schaduwwerking heeft. Het lichte instrument van het 'goede gesprek' illustreert dit.⁸⁸ In het onderwijs zijn veel betrokkenen,

84 De Bijl 2013, p. 45-51.

85 De Bijl 2013, p. 49 met een verwijzing naar Shleifer 1998.

86 Van Eeten e.a. 2012, p. 128.

87 Zie hoofdstuk 5 en 6.

88 Hoofdinspecteur Primair Onderwijs in: 'Onderwijsinspecteur geen coach van schooldirecteur', *Reformatisch Dagblad* 2 april 2013.

inclusief de overheid, geneigd bestuurders in een vroegtijdig stadium aan te spreken op cultuur, gedrag, bestuurlijk handelen en vermeende misstanden. Als de status van een gesprek echter is dat in dat gesprek bedreigd kan worden met de inzet van zwaardere instrumenten (denk aan het inzetten van de aanwijzingsbevoegdheid of bekostigings sancties) en daarover ook in het openbaar wordt gecommuniceerd, dan is zelfs een gesprek niet langer een licht instrument.⁸⁹ Het argument van *last resort* heeft dan weinig waarde en de bijbehorende interventiepiramide verliest zo zijn glans. Dat tezamen tast reeds de rechtvaardiging en de proportionaliteit van een interventie-instrument aan. Ook roept het terecht vragen op over de mate waarin een bestuurder bij (voorgenomen) interventie aanspraak kan maken op adequate rechtsbescherming.

9.6 SLOTOPMERKING AUTONOMIE ALS VERBINDEND THEMA

9.6.1 *Het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel als buitengrens*

Mijn conclusie is dat de verschillende afbakeningsartikelen – tezamen met of aangevuld door in elk geval artikel 2 Eerste Protocol EVRM, artikel 13 lid 3 en lid 4 IVESCR en artikel 23 lid 2 Grondwet – de buitengrens vormen van de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Tot dertig jaar geleden werd dit vooral impliciet aangenomen maar inmiddels is dit expliciet bevestigd door de onderwijswetgever. Zij borgen dat het geven van onderwijs een autonome activiteit is.

Bezie men het geheel, dan valt op dat voor zover het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel wettelijk is verankerd, deze verankering de oorspronkelijke verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen overheid en onderwijsorganisaties volgt. De diverse afbakeningsartikelen vormen een redelijk recente wettelijke verankering van de ook door artikel 23 Grondwet beschermde onderwijsrechtelijke autonomie. Onderwijsorganisaties en niet de overheid geven onderwijs. De overheid houdt hierop toezicht en schept door middel van bekostiging en de toekenning van enkele publiekrechtelijke bevoegdheden de voorwaarden om onderwijs te kunnen verzorgen. Het uitgangspunt van het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel is dat die autonomie er is en dat autonomie een randvoorwaarde is voor goed onderwijs en goed bestuur. Het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel geeft onderwijsorganisaties – en indirect hun bestuurders bij de vervulling van hun bestuurlijke

⁸⁹ Een voorbeeld van een goed gesprek tussen de overheid en bestuurders met grote gevolgen voor de betrokken bestuurders is te lezen in het onderzoeksrapport over Amarantis. Uit de in dit rapport beschreven chronologie blijkt dat de bestuurders en intern toezichthouders naar aanleiding van de gerezen problematiek waren uitgenodigd voor een gesprek met de Minister van OCW. De dag na het gesprek traden de bestuurders af en werd een nieuwe interim-bestuurder benoemd. Zie *Autonomie verplicht* 2012, p. 53.

taak – de noodzakelijke beoordelingsruimte en beleidsvrijheid. Het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel versterkt in die zin de uit het rechtspersonenrecht volgende bestuurs-autonomie.

Een volgende vraag is tot waar dit onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel reikt. Met betrekking tot de harde elementen van inrichting (materiële instandhouding en bijbehorend financieel beheer) bevestigt de huidige bekostigingssystematiek dat alle soorten onderwijsorganisaties in alle onderwijssectoren autonomie hebben. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor het personeelsbeleid, de inkoop van leermiddelen en ICT, de huisvesting, het onderhoud en de overige materiële instandhouding. Naast de aanspraak op materiële autonomie kan worden vastgesteld dat bestuurders van zowel openbare als van bijzondere onderwijsorganisaties aanspraak kunnen maken op autonomie bij de inrichting van het onderwijsproces. Voor het bijzonder onderwijs volgt dit rechtstreeks uit artikel 23 Grondwet. Voor het openbaar onderwijs werd dit nogmaals bevestigd door de hoogleraren onderwijsrecht in 2011.⁹⁰ Zij merkten op dat het gegeven dat artikel 23 Grondwet de vrijheid van inrichting van het bijzonder onderwijs beschermt, “niet [wil, MN] zeggen dat het Nederlandse openbaar onderwijs een recht van autonomie op het niveau van de inrichting van het onderwijs volledig ontbeert”.⁹¹ Mede onder verwijzing naar Postma geldt volgens hen zowel voor het bijzonder als voor het openbaar onderwijs onderwijskundige en pedagogische inrichtingsvrijheid. Hieronder verstaan zij de eigen “beslissingsmacht over zaken als invulling van de onderwijskundige identiteit, het schoolklimaat, de organisatie, de ordehandhaving, het rooster, het lesgeven, de begeleiding van leerlingen en de examinering”.⁹²

9.6.2 *De autonomie om te kunnen besturen*

De autonomie die beperkt wordt of onder druk staat, is de autonomie om daadwerkelijk te kunnen besturen. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat een bestuurder moet kunnen besturen. De bestuurder heeft in dat verband de mogelijkheid een beroep te doen op zijn bestuursautonomie. De bestuurder wordt geacht leiding te geven aan de onderwijsorganisatie, het bestuurlijk beleid te bepalen en zorg te dragen voor het financieel beheer. Het onderwijsrechtelijk begrippenkader maakt echter weinig inzichtelijk wie nu welke taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden heeft. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 is de ontwikkeling beschreven dat sprake is van steeds fijnmaziger zorgplichten en dat het externe toezicht niet alleen intensiveert maar zich ook meer op het functioneren van individuele bestuurders richt. De hoofdstukken 7 en 8 geven aan dat onderwijsorganisaties afhankelijk

90 Vrijheid van stichting 2011, p. 41-42.

91 Met een verwijzing naar Postma 1995, p. 70, Zoontjens 2003, p. 26-29 en Noorlander 2005, p. 81-107.

92 Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014.

worden van het bestuurlijk netwerk en dat hun bestuurders persoonlijk kwetsbaarder zijn gelet op de noodzaak van continu bestuurlijk draagvlak voor hun functioneren en de beperkte bescherming bij ontslag.

Vliegwielen voor deze ontwikkeling is het initiatiefrecht van de NVAO en de Inspectie van het Onderwijs tot interpretatie van aspecten van kwaliteit en de keuze voor waarderings- toezicht in aanvulling op nalevingstoezicht. De Onderwijsraad oordeelde in 2002 nog dat er geen grondwettelijke basis was voor een interpretatie van de in de Wot benoemde kwaliteitsaspecten die ertoe kon leiden dat nadere eisen van kwaliteit verwerden tot deugdelijkheidseisen.⁹³ Het kan, zoals de Onderwijsraad in 2012 aangaf, niettemin proportioneel zijn om als overheid en wetgever meer nadruk te leggen op het streven naar meer kwaliteit.⁹⁴ De Onderwijsraad sloot hiermee aan op zijn eerdere opmerking uit 2002 dat de vrijheid van inrichting “onder voorwaarden van een toereikende motivering en van proportionaliteit en subsidiariteit” door de wetgever beperkt kan worden.⁹⁵ Ook kan volgens de Onderwijsraad bij het beoordelen van de kwaliteit het belang van ouders, leerlingen/studenten zwaarder wegen dan de autonomie van de onderwijsorganisatie.⁹⁶ Een aandachtspunt is wel dat de onderwijssector beperkt in staat blijkt vast te stellen wat de eigen professionele standaard zou moeten zijn. De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO hebben het initiatief en dat wordt versterkt door behoefte bij de overheid aan het kunnen beoordelen van excellentie en het beperken van potentiële risico’s.⁹⁷ Als het echter de overheid is die interpreteert, uitwerkt, waardeert, stimuleert en oordeelt, dan vormt dat in potentie een aantasting door de overheid van de onderwijsrechtelijke autonomie.

De Onderwijsraad lijkt zich van dit effect enigszins bewust. In zijn advies uit 2014 bij het initiatiefwetsvoorstel Wet doeltreffender regeling van het onderwijstoezicht wees hij erop dat om redenen van legaliteit en rechtszekerheid voor interventiemogelijkheden een stevige wettelijke verankering noodzakelijk is en dat de door de overheid te hanteren beoordelingskaders in elk geval gebaseerd moeten zijn op degelijke wetenschappelijke inzichten.⁹⁸ Als al wordt gekozen voor meer overheidssturing dan zou, aldus de Onderwijsraad, de onderliggende norm zo objectief mogelijk moeten zijn, de procedure inzichtelijk en de

93 Onderwijsraad 2002, p. 77.

94 Onderwijsraad 2012, p. 41.

95 Onderwijsraad 2002, p. 26.

96 Onderwijsraad 2012, p. 57, nt. 137. De Onderwijsraad maakte daarbij gebruik van de teleologisch-dynamische interpretatiemethode van artikel 23 Grondwet door te wijzen op “het zwaarwegende maatschappelijke belang dat vandaag de dag aan de kwaliteit van het onderwijs voor ieder kind moet worden gehecht”. Voor de teleologisch-dynamische uitleg is met name de actuele maatschappelijk-politieke context van belang.

97 Zoontjens 2015, i.h.b. p. 9. Hij wijst ook op *Transitie in onderwijstoezicht* 2014 waarin nadrukkelijk de focus wordt gelegd op het toezicht op het meerdere dan de wettelijke deugdelijkheidseisen.

98 *Kamerstukken II* 2014/15, 33862, nr. 9, p. 9 en p. 12.

rechtsbescherming voldoende adequaat. De oplossingsrichting die in het wetsvoorstel Wet doeltreffender regeling van het onderwijstoezicht is gezocht, is het maken van een onderscheid tussen het toezicht op de naleving van de wettelijke deugdelijkheidseisen en het door de Inspectie van het Onderwijs bevorderen van de kwaliteit.⁹⁹ Dit onderscheid is vooral semantisch van aard. Immers, de overheid blijft bevoegd zich een oordeel te vormen over de kwaliteit boven de wettelijke basishouding, stelt zelf de onderzoekskaders vast en stelt indicatoren op voor verscherpte taakuitoefening en intensivering van het toezicht. Bovendien zijn de diverse onderzoeksrapporten in beginsel openbaar.

9.6.3 *Het bredere perspectief van het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel*

In de voorgaande hoofdstukken van dit onderzoek is er met enige regelmaat op gewezen dat in debatten over de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en het externe toezicht op het onderwijs een beroep wordt gedaan op de beschermende werking van de door artikel 23 Grondwet benoemde vrijheden van richting en inrichting. De eerste reflex van regering en overheidsinstanties is dat zij op hun beurt vooral de nadruk leggen op de andere functie van artikel 23 Grondwet: de zorg van de overheid voor de deugdelijkheid van het onderwijs.¹⁰⁰ Sterker nog, opeenvolgende bewindspersonen willen liefst al bij een schending van vertrouwen in de (onderwijs)kwaliteit van het stelsel en het in gevaar brengen van het functioneren van het stelsel kunnen interveniëren.¹⁰¹

Mijns inziens is de vraag gerechtvaardigd of een debat over het wel of niet kunnen invoegen van extra normen en nieuwe interventie-instrumenten – en daarmee over de autonomie van bestuurders – nog wel gevoerd moet worden langs de lijn van artikel 23 Grondwet. Mijn reactie hierop is dat de focus op alleen artikel 23 Grondwet een te beperkte erkenning tot gevolg heeft van de oorspronkelijke taakverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties, het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel, de door het rechtspersonenrecht beschermde bestuursautonomie en andere aanvaarde beginselen van autonomie. De grote waarde die aan artikel 23 Grondwet als basiswet wordt gehecht, hoewel constitutionele toetsing niet mogelijk is, vertroebelt het debat over de onderwijsrechtelijke autonomie en

99 *Kamerstukken II* 2015/16, 33862, nr. A.

100 Vermeulen 2003, p. 231-232. Zie ook onder andere: *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-VIII, nr. 164, p. 9-10 (Reactie op Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag 5 april 2012) of *Kamerstukken II* 2011/12, 3000 VIII, nr. 83 (motie-Elias).

101 *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-VIII, nr. 164, p. 10. Recentelijk is deze trend bevestigd in de casus Scholengemeenschap Bonaire. Zie voor een bespreking van die casus paragraaf 5.7. In de aanwijzingsbevoegdheid was zelfs de zinsnede opgenomen dat ook onrechtmatig handelen kon zijn het handelen in strijd met de kennelijke geest van wettelijke bepalingen. Met ingang van 1 januari 2014 is deze zinsnede komen te vervallen, zulks na advies van de Raad van State. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33472, nr. 4, p. 18-19 en Stb. 2013, 558 (Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs; dossier 33472).

de juridische positie van bestuurders. De meeste normen en interventie-instrumenten stellen niet zozeer de vrijheid van richting of inrichting van het onderwijs ter discussie maar begrenzen vooral de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders om zelf zorg te dragen voor het geven van onderwijs.

Het plaatsen van het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel in een breder perspectief en het meewegen van het belang van bestuursautonomie heeft als voordeel dat een ander perspectief mogelijk is. Een perspectief dat de waarde en het belang van de legitimiteit van autonomie aanvaardt en voorop stelt. De autonomie van de onderwijsorganisatie, het bestuur en de bestuurder krijgt immers invulling door:

- de staatsrechtelijke autonomie van de onderwijsorganisatie en haar bestuurders als soevereine, vrije burger(s) (klassieke grondrechten);
- de vrijheid van richting en inrichting (in elk geval voor zover het betreft het bijzonder onderwijs) en de pedagogisch-organisatorische inrichtingsvrijheid (openbaar onderwijs);
- de bestuursrechtelijke autonomie van de onderwijsorganisatie en haar bestuurders als gevolg van de door de wetgever toegekende bevoegdheid om zelfstandig openbaar gezag uit te oefenen (toekenning bij of krachtens de onderwijswetgeving van diverse publiekrechtelijke bevoegdheden gericht op het geven van onderwijs);
- de onderwijsrechtelijke autonomie die voortvloeit uit de diverse afbakeningsartikelen (artikel 10 1^e volzin Wpo, artikel 23a 1^e volzin Wvo, artikelen 1.3.1 lid 1, 1.3.2a lid 1, 1.3.3 lid 1, 1.3.5 en 1.3.6 Web en artikelen 1.3 en 1.18 Whw) en de bepaling inzake de academische vrijheid (artikel 1.6 Whw);
- de bestuursautonomie als bedoeld in het rechtspersonenrecht;
- de contractsvrijheid.

Een breder perspectief op het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel kan mijns inziens veel meer een eigen rol spelen. Een duidelijker taakverdeling tussen onderwijsorganisaties en overheid, en de acceptatie van de autonomie voor de bestuurder die daarbij past, is waardevol voor de kwaliteit van het onderwijs. Het is niet wenselijk als de verantwoordelijkheden van onderwijsorganisaties en hun bestuurders enerzijds en de overheid anderzijds door elkaar lopen.¹⁰² Een breder perspectief vergt uiteraard ook iets van bestuurders. Zij zullen zelf duidelijker de eigen professionele standaard moeten bevorderen, elke dag weer het goede voorbeeld moeten geven en ervoor moeten zorgen dat hun docenten dat ook kunnen doen.

¹⁰² Zie ook *Tijd voor Onderwijs* 2008, p. 131.

HOOFDSTUK 10 – SAMENVATTING, CONCLUSIES, EEN BLIK VOORUIT EN SLOT

10.1 INLEIDING

Bestuurders van onderwijsorganisaties besturen en hebben bestuurlijke zorgen. Zij hebben tot taak om te besturen en worden op dat besturen aangesproken. Wat een bestuurder doet, welke belangen hij heeft te dienen en wat de voor het besturen geldende gedragsnormen zijn, is niet altijd even helder. Dat geldt voor bestuurders in alle onderwijssectoren.

De doelstelling van dit onderzoek was eerst en vooral het verkrijgen van meer inzicht in de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie. Hoe zit het nu? Ten behoeve van die doelstelling is als probleemstelling voor dit onderzoek geformuleerd:

- Wat is de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie?

Om een antwoord te kunnen geven op deze probleemstelling zijn in hoofdstuk 1 drie deelvragen geformuleerd.

1. Is er – tegen de achtergrond van de beschreven ontwikkelingen – sprake van een ontwikkeling die van betekenis is voor de juridische positie van de professioneel bestuurder in het onderwijs en wat houdt die ontwikkeling in?
2. Hoe is de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie gereguleerd en is die regulering consistent?
3. Met welke begrenzingen van zijn autonomie wordt een professioneel bestuurder geconfronteerd?

In dit afsluitende hoofdstuk worden allereerst in paragraaf 10.2 de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken samengevat. Vervolgens wordt in paragraaf 10.3 geprobeerd een antwoord gegeven op de geformuleerde deelvragen en de probleemstelling. In aanvulling worden in paragraaf 10.4 enkele concrete aanbevelingen gedaan. Het hoofdstuk eindigt in paragraaf 10.5 met een korte slotopmerking.

10.2 SAMENVATTING HOOFDSTUKKEN

10.2.1 *Inleiding*

De thematische opbouw van de diverse hoofdstukken maakte het mogelijk om per thema de diverse grenzen voor de autonomie van de bestuurder te bespreken. Bij de keuze voor deze thema's is uitgegaan van de schets van het bestuurlijk krachtenveld waarmee een bestuurder van een onderwijsorganisatie te maken heeft en de daaruit voortvloeiende diverse rechtsverhoudingen (figuur 1.1.2). De in de hoofdstukken 3 tot en met 8 in kaart gebrachte begrenzingskleuren als het ware de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie direct en indirect in.

Voor dit in kaart brengen was het noodzakelijk steeds opnieuw na te denken over de vraag met welke rechtsverhouding de bestuurder van doen heeft. Die rechtsverhoudingen zijn in elk geval de volgende:

- de bestuurder als lid van het bestuurlijk orgaan van de rechtspersoon (statutair bestuurder);
- de bestuurder als vertegenwoordiger van de onderwijsorganisatie richting de overheid;
- de bestuurder als vertegenwoordiger van de onderwijsorganisatie in het burgerlijk (verbintenissen)recht;
- de bestuurder als vertegenwoordiger van de onderwijsorganisatie als publiekrechtelijk bestuursorgaan;
- de bestuurder als werknemer van de onderwijsorganisatie.

10.2.2 *Een besef van continuïteit (Hoofdstuk 2)*

In hoofdstuk 2 is de historische ontwikkeling van de positie van de bestuurder beschreven. Vanaf het begin van de negentiende eeuw is de staat zich nadrukkelijker met de kwaliteit en de organisatie van het onderwijs gaan bemoeien. De Grondwet van 1848 gaf de wetgever de bevoegdheid om bij wet het toezicht op het onderwijs te regelen en onderzoek te verrichten naar de bekwaamheid en zedelijkheid van onderwijzers. In de Grondwet van 1848 werd ook vastgelegd dat het geven van onderwijs vrij is. In 1889 werd het huidige onderscheid tussen het openbaar en bijzonder onderwijs bevestigd. Karakter en grondslag van het onderwijs zijn hiervoor bepalend. In de zogeheten Wet Mackay werden ook voor het eerst wettelijke eisen gesteld aan de bestuurlijke organisatie van het bijzonder onderwijs. Bijzondere scholen moesten in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen die niet het maken van winst beogen. Universiteiten kenden eind negentiende eeuw een college van bestuur dat werd gevormd uit de senaat van de universiteit en een curato-

rium dat meer op afstand stond. In 1917 legde de wetgever de financiële gelijkstelling van het openbaar en het bijzonder onderwijs vast in de Grondwet. De vrijheid van richting en inrichting werden bevestigd; net als dat het geven van onderwijs vrij is behoudens het bij wet te regelen toezicht door de overheid. Slechts bij wet kunnen eisen worden gesteld aan de deugdelijkheid van het door de overheid bekostigde onderwijs. De onderwijswetgeving in het begin van de twintigste eeuw stelde beperkte eisen aan de bestuurlijke inrichting van het onderwijs. Het hoofd van de school diende zich te richten op het geven van onderwijs en het leiding geven aan het betrokken personeel, terwijl de gemeenteraad (openbaar onderwijs) of het bestuur van de private rechtspersoon (bijzonder onderwijs) het bevoegd gezag uitoefende. De hoofdlijnen van deze organisatiestructuur bleven onaangetaast in de Wet op het voortgezet onderwijs van 1965 en de Wet Basisonderwijs van 1985. Het bestuur bestond uit vrijwilligers en stond op afstand van (het hoofd van) de school. Het hoofd van de school was belast met de onderwijskundige leiding en vervulde als ‘manager’ een deel van de huidige bestuurlijke functie.

10.2.3 Bestuurlijke vormgeving van het onderwijs: naar een professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie (Hoofdstuk 3)

Vanaf het midden van de jaren tachtig van de vorige eeuw worden bestuurders eindverantwoordelijk geacht voor de leiding van de (complexe) onderwijsorganisatie, het bestuur en het financieel beheer. De bestuurder van nu is een professioneel bestuurder. Deze ontwikkeling werd reeds beschreven in de nota ‘Meer over management’ uit 1985. De onderwijswetgever ondersteunde dit met schaalvergrotingsoperaties, deregulering en overheveling van financiële beslissingsruimte naar de onderwijsorganisaties. Hierdoor ontstond behoefte aan een professioneler bestuur en management, meer aandacht voor interne en externe verantwoording en een eigen rol voor medezeggenschap.

Deze ontwikkeling heeft als effect gehad dat het oude onderwijsrechtelijk begrippenkader in het onderwijs onder druk is komen te staan en met enige regelmaat tot spraakverwarring leidt. Onderwijsrechtelijke begrippen als ‘bevoegd gezag’ en ‘bestuur’ dekken niet langer de juiste lading. Hierdoor ontstaan ook semantische discussies over de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen overheid en onderwijsorganisatie, binnen de onderwijsorganisatie en (tussen onderwijsorganisaties en hun stakeholders (personeel, ouders, leerlingen/studenten)). Het is om die reden dat in hoofdstuk 3 een voorstel is gedaan voor een herziening van het juridische grondschema van de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en een herdefiniëring van onder meer de onderwijsrechtelijke kernbegrippen ‘bevoegd gezag’, ‘onderwijsorganisatie’ en ‘onderwijsinstelling’. Het begrip bevoegd gezag

behoort beperkter te worden ingezet en slechts te zien op de toekenning en uitoefening van onderwijsrechtelijke bestuursbevoegdheden gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg.

10.2.4 *Zorgplichten als betrekkelijk recent fenomeen (Hoofdstuk 4)*

Zo rond de eeuwwisseling kiest de onderwijswetgever steeds vaker voor het in de wet opnemen van kwaliteitsnormen, voor meer aandacht voor het toezicht op de kwaliteit van het onderwijs en voor het verplicht stellen van de functiescheiding tussen bestuur en intern toezicht. Dit geschiedt met behulp van meerdere zorgplichten. Het aantal zorgplichten neemt toe, de reikwijdte van de algemene zorgplichten wordt meer alomvattend uitgelegd en met enige regelmaat worden steeds fijnmaziger zorgplichten geformuleerd. Uit de wetsgeschiedenis bij deze zorgplichten blijkt dat zij bij hun invoering nadrukkelijk werden gekoppeld aan de voornemens tot autonomievergroting, de gewenste borging van de kwaliteit van het onderwijs en de keuze voor minder intensief maar wel risicogericht extern toezicht.

In dit hoofdstuk is geconcludeerd dat als stelregel kan gelden dat naarmate het aantal zorgplichten groter is en die zorgplichten fijnmaziger zijn, dat ook geldt voor de bij die zorgplichten behorende normcondities. Alsdan hebben bestuurders minder vrijheid om zelf bestuurlijke keuzes te maken. De onderwijswet- en regelgeving schrijft dan immers sneller de norm voor. Naarmate het ‘wat’ van het onderwijs normatiever wordt uitgewerkt – en er dus door de onderwijswetgever en de overheid meer sturing plaatsvindt via de band van zorgplichten – is er minder ruimte om als bestuurder verantwoordelijkheid te nemen voor het geven van invulling aan het ‘hoe’.

De keuze van de onderwijswetgever voor de combinatie van wettelijke zorgplichten en toekenning van interpretatieruimte aan de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO beperkt de onderwijsrechtelijke autonomie van onderwijsorganisaties, en daarmee indirect ook de bestuursautonomie van het bestuur. Zorgplichten bieden de overheid extra interpretatieruimte bij de uitleg van de voor onderwijsorganisaties geldende rechtsnormen en het functioneren van het bestuur. Doordat het externe toezicht achteraf plaatsvindt, komen eventuele interpretatiegeschillen vaak pas achteraf aan het licht, met mogelijk omvangrijke bekostigingssancties als risico. Bestuurders kunnen hierdoor bij het maken van beleidskeuzes defensiever gedrag vertonen en minder ruimte voor innovatie ervaren.

10.2.5 *De groei van het publiekrechtelijk toezicht (Hoofdstuk 5)*

Gelijktijdig met de groei van het aantal zorgplichten is ook de kwalitatieve normstelling breder geworden. In 2002 treedt de Wot in werking en wordt in het hoger onderwijs het accreditatiestelsel ingevoerd. De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO krijgen de bevoegdheid zelf hun werkwijze te formuleren en onderzoekskaders op te stellen. In deze onderzoekskaders worden kwaliteitsaspecten beschreven, waarderingskaders benoemd en indicatoren opgenomen die zien op de kwaliteit, het financieel beheer en het bestuurlijk handelen. Met onderwijsorganisaties en hun bestuurders vindt over deze uitwerking slechts nader overleg plaats. Met de introductie van de zorgplicht minimale leerresultaten in 2010 en de overheveling van de handhaving naar de Inspectie van het Onderwijs in 2012, geraakt dit proces in een stroomversnelling. De groei van het externe toezicht gaat gelijk op met de groei van de beschikbare informatie en volgt de in de jaren negentig ingezette deregulering van de bekostigingssystematiek. Vanaf de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb in 2002 en het in diezelfde periode aan het licht komen van fraude in het HBO, neemt ook het aantal en de omvang van bekostigingssancties toe. Het toezicht op de rechtmatigheid en doelmatigheid van bestedingen wordt tevens intensiever. De behoefte aan goed bestuur leidt tot de introductie van de aanwijzingsbevoegdheid. Naar aanleiding van enkele bestuurlijke incidenten bij grotere onderwijsorganisaties concluderen overheid en onderwijswetgever dat incidenten tot risico's kunnen leiden voor de continuïteit van individuele onderwijsorganisaties en het stelsel als zodanig. Om beter inzicht te verkrijgen in die risico's krijgt de Inspectie van het Onderwijs extra toezichthoudende taken. Tezamen met de mandatering van diverse publiekrechtelijke interventie-instrumenten worden de Inspectie van het Onderwijs (en in mindere mate de NVAO) meer 'autoriteit'.

Het externe toezicht richt zich in beginsel op onderwijsorganisaties. Elk negatief oordeel kan echter indirect ook betekenis hebben voor het oordeel dat anderen – in het bijzonder de intern toezichthouder – hebben omtrent het functioneren van individuele bestuurders. De juridische positie van de bestuurder wordt hierdoor indirect beïnvloed. Zijn autonomie wordt beperkt door de vrijheid en ruimte die externe toezichthouders hebben om zelf de omvang en reikwijdte van wettelijke normen (en bevoegdheden) te interpreteren en de gebrekkige rechtszekerheid die de bestuurder heeft bij het maken van bestuurlijke afwegingen en de inschatting van mogelijke negatieve consequenties van zijn handelen of nalaten.

De trend die in hoofdstuk 5 naar voren komt, is dat het externe toezicht zich niet langer alleen richt op onderwijsorganisaties maar ook op het functioneren van het bestuurlijk orgaan en individuele bestuurders als zodanig. De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO hanteren beiden een bestuursgerichte aanpak. Het aantal interventie-instrumenten gericht op de bestuurder is groeiende en de aanwijzingsbevoegdheid richt zich zelfs heel

nadrukkelijk op het handelen van individuele bestuurders. De huidige taken en werkwijze van de externe toezichthouders laten verder toe dat zij zonder veel belemmeringen in openbare onderzoeksrapporten oordelen kunnen geven over (de professionaliteit van) het bestuurlijk handelen en het functioneren van (individuele) bestuurders. Dit beoordelen van het functioneren van individuele bestuurders is echter gelet op de in hoofdstuk 4 besproken zorgplicht functiescheiding in de eerste plaats een wettelijke taak van de intern toezichthouder en niet van de overheid. Het in één hand berusten van nalevingstoezicht en waarderingstoezicht is voor bestuurders extra ingrijpend. Hun bestuurlijk draagvlak is immers voor een deel afhankelijk van de externe waardering. Bestuurders zijn als lid van het bestuurlijk orgaan onderwerp van onderzoek zonder dat zij een reël beroep kunnen doen op individuele rechtsbescherming.

Een conclusie van hoofdstuk 5 is dat de kennelijke behoefte aan daadkracht en risicovermijding bij de overheid botst met de wens van onderwijsorganisaties en bestuurders om – al dan niet achteraf – zelf verantwoordelijkheid te nemen. De legaliteit van de toepassing van meerdere instrumenten en de rechtszekerheid staan hierdoor onder druk. De rechtsbescherming van individuele bestuurders komt er bovendien bekaaid van af. Opgemerkt is dat er bij interpretatiegeschillen behoefte is aan een zorgvuldiger proces dat ruimte biedt voor enerzijds verder onderzoek naar het bestuurlijk handelen van bestuurders en anderzijds het bereiken van een oplossing op de korte termijn. Voorts is opgemerkt dat eigenlijk een regeling ontbreekt voor de oplossing van acute (financiële) noodsituaties die erger kan voorkomen maar tegelijkertijd voldoende recht doet aan de rechtspositie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Ook is aangegeven dat het raadzaam is na te denken over alternatieven voor de omvangrijke bekostigings sancties.

10.2.6 Het privaatrecht als aanvullend toetsingskader (Hoofdstuk 6)

In het hoofdstuk over de betekenis van het privaatrecht voor de bestuurder is geconcludeerd dat sprake is van een vermaatschappelijking van het privaatrecht, een toenemend instrumenteel gebruik van het privaatrecht en een behoefte bij de overheid om met privaatrechtelijke instrumenten te interveniëren in het onderwijs. Het aantal interventie-instrumenten groeit, het gebruik wordt laagdrempeliger en de normen voor dat gebruik worden meer open.

Het resultaat hiervan is dat de raakvlakken tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke interventie-instrumenten groeien en dat de privaatrechtelijke te betrachten normen van redelijkheid en billijkheid in potentie worden ingevuld door publiekrechtelijke zorgplichten. Dit lijkt te gelden voor alle rechtsverhoudingen. Hoewel in rechte het aantal

succesvolle aansprakelijkstellingen wegens *educational malpractice* of onbehoorlijk bestuur gering blijft en civielrechtelijk ontslag door de rechtbank als bedoeld in artikel 2:298 BW zelden voor zal komen, leidt de aandacht voor het kunnen toepassen van deze privaatrechtelijke instrumenten ertoe dat bestuurders terughoudender kunnen worden. Immers, door de aandacht voor deze instrumenten neemt voor bestuurders het privébelang bij bestuurlijke besluiten toe.

Bestuurders vertegenwoordigen hun onderwijsorganisatie; zij zijn het gezicht van hun onderwijsorganisatie. Dat vergt een hoge drempel voor het aanspreken van bestuurders in persoon. De recente neiging van de overheid om bij incidenten niet alleen de oorzaken te onderzoeken maar ook het bestaan van eventuele gronden om bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen of de mate van integriteit als aanvullend verlangde gedragsnorm te beoordelen, getuigen niet van terughoudendheid. Het risico is dat de beschermende werking van rechtspersoonlijkheid onnodig wordt doorbroken. De keuze voor meer op de persoon van de bestuurder gericht extern toezicht heeft bovendien als risico dat de verantwoordingsaversie van bestuurders toeneemt. Bestuurders hebben immers een privébelang bij de uitkomst van onderzoeken door de Inspectie van het Onderwijs, NVAO of onderzoekscommissies.

10.2.7 *Bestuurlijke netwerkvorming in het onderwijs (Hoofdstuk 7)*

Een volgende ontwikkeling is bestuurlijke netwerkvorming. Het aantal samenwerkingsverplichtingen van onderwijsorganisaties neemt toe en daarmee ook het aantal samenwerkingsverbanden. Die samenwerkingsverplichtingen vormen soms een wettelijke verplichting maar zijn veel vaker het gevolg van maatschappelijke verwachtingen of een uit de wet volgende noodzaak tot samenwerking. In de jaren tachtig en negentig werd aan de behoefte tot samenwerking vaak nog invulling gegeven door het sturen op schaalvergroting. Die schaalvergroting leidde tot een behoefte aan ‘meer management’ en ‘deregulering’. Pas deze eeuw ontstaat ook aandacht voor het verlies aan menselijke maat en de met schaalvergroting gepaard gaande bestelrisico's (*too big to fail*). Dit heeft onder meer geleid tot de introductie van de fusietoets in het onderwijs en een aanscherping van het toezicht op het financieel beheer.

Van onderwijsorganisaties en hun bestuurders wordt niettemin stelselmatig verwacht dat zij samenwerken. In een aantal gevallen is deze verbreding gekoppeld aan wettelijke overleg- en samenwerkingsverplichtingen. De constatering is dat er inmiddels sprake is van een zorgplicht samenwerking en dat onderwijsorganisaties afhankelijk zijn van hun bestuurlijk netwerk. Die constatering heeft in potentie ook betekenis voor de aanspreekbaarheid van

bestuurders op hun functioneren. Er is sprake van een volledige vervlechting van wettelijke verplichtingen, bekostigingsvoorwaarden, statutaire verplichtingen, convenanten, afspraken, verwachtingen en verlangens. In concrete situaties roept dat bij samenwerkingen soms de vraag op welke norm eigenlijk van toepassing is, welk belang voorgaat en wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor de resultaten van een samenwerking. Die laatste vraag tikt ook door in de verlangde taakvervulling van de bestuurder; duidelijk is dat zijn bestuursautonomie is beperkt door de afhankelijkheid van de onderwijsorganisatie van het bestuurlijk netwerk.

10.2.8 *Meer focus op de individuele bestuurder (Hoofdstuk 8)*

In hoofdstuk 8 staat de positie van de individuele bestuurder centraal. Ingegaan is op zijn benoeming, de mogelijkheid om eisen te stellen aan zijn kwaliteiten, de normen die voor zijn beloning gelden en de mogelijkheid om hem te ontslaan. Het hoofdstuk laat zien dat de focus meer wordt gericht op de individuele bestuurder. De aan de bestuurder te stellen kwaliteitseisen nemen toe en bij de benoeming van bestuurders wordt een breed draagvlak verlangd. De onderwijswetgever heeft de neiging de wijze waarop dat draagvlak wordt verkregen te reguleren met wettelijke voordrachtsrechten, profielschetsen en overlegverplichtingen. In dit hoofdstuk is ook beschreven dat de beloningen door de WNNT sterk gereguleerd zijn. De beëindiging van zowel de rechtspersonenrechtelijke als de arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking is relatief eenvoudig en met de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zou ook de preventieve ontslagtoets voor bestuurders van stichtingen definitief komen te vervallen. De WNT beperkt verder de ruimte om een ontslagvergoeding overeen te komen. Hogere vergoedingen dan het relatief lage WNT-maximum en geschillen over het ontslag moeten voorts altijd in het openbaar en achteraf 'uitgevochten' worden. Niet alleen komt dat doordat de rechter achteraf toetst en alleen de rechter een billijkheidsvergoeding kan toekennen die hoger is dan het WNT-maximum, maar ook omdat de Inspectie van het Onderwijs voor haar onderzoeken naar het beloningsbeleid uitgaat van openbare rapportages.

De ontwikkelingen met betrekking tot de aspecten benoeming, kwaliteit, beloning en ontslag hebben geleid tot een verdere verdichting van de juridische ruimte. Deze juridische verdichting heeft als effect dat de vrijheid om in het kader van benoeming, kwaliteit, beloning en ontslag met een bestuurder afspraken te maken inmiddels vrijwel is dichtge-regeld. Reeds dat beperkt de onderwijsrechtelijke autonomie van de onderwijsorganisatie en de bestuurlijke en arbeidsrechtelijke autonomie van de bestuurder. De autonomie van de bestuurder is verder, meer indirect, beperkt doordat bedoelde verdichting de externe verwachtingen omtrent de kwaliteit en het functioneren van een bestuurder omhoog heeft

geschroefd. Bij ontslag is niet alleen de rechtspersonenrechtelijke maar ook de arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking eenvoudig te beëindigen. Alsdan is er ook weinig ruimte om afspraken te maken over ontslagvergoedingen. Deze neveneffecten lijken niet wenselijk. Het maakt bestuurders in elk geval persoonlijk kwetsbaar. Bestuurders moeten soms moeilijke keuzes maken waardoor hun bestuurlijk draagvlak binnen de organisatie onder druk kan komen te staan. De kans dat bestuurders zonder duidelijke reden en in beginsel met een relatief geringe ontslagvergoeding kunnen worden heengezonden maakt hen dan extra afhankelijk.

10.2.9 Een breder perspectief op de onderwijsrechtelijke autonomie (Hoofdstuk 9)

In hoofdstuk 9 is in aanvulling op de inleiding in hoofdstuk 1 en het onderzoek in de hoofdstukken 2 tot en met 8 het verbindend thema autonomie besproken. In dit hoofdstuk wordt erop gewezen dat het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel een bevestiging is van de taakverdeling tussen overheid en onderwijsorganisaties. Het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel hangt nauw samen met andere autonomiebeginselen waaronder de door het algemeen rechtspersonenrecht beschermde bestuursautonomie en de door de bestuurder in dat verband af te wegen belangen. Het hoofdstuk bevat een aanzet voor een juridisch kader voor de beoordeling van begrenzingen van de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Afgesloten wordt met een pleidooi om het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel in een breder perspectief te plaatsen; en niet alleen te bezien in het licht van artikel 23 Grondwet. Een duidelijker taakverdeling tussen onderwijsorganisaties en overheid en de acceptatie van de bijbehorende onderwijsrechtelijke autonomie van de onderwijsorganisatie en de rechtspersonenrechtelijke bestuursautonomie van de bestuurder worden als waardevol beschouwd.

10.3 CONCLUSIES

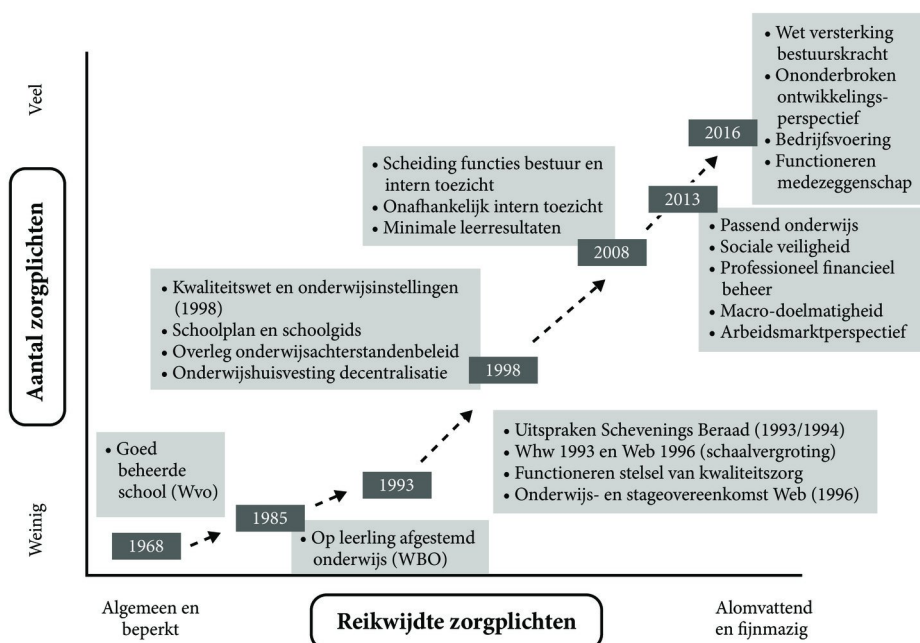
10.3.1 De intensiteit van de beoordeling van het functioneren van de bestuurder is toegenomen (deelvraag 1)

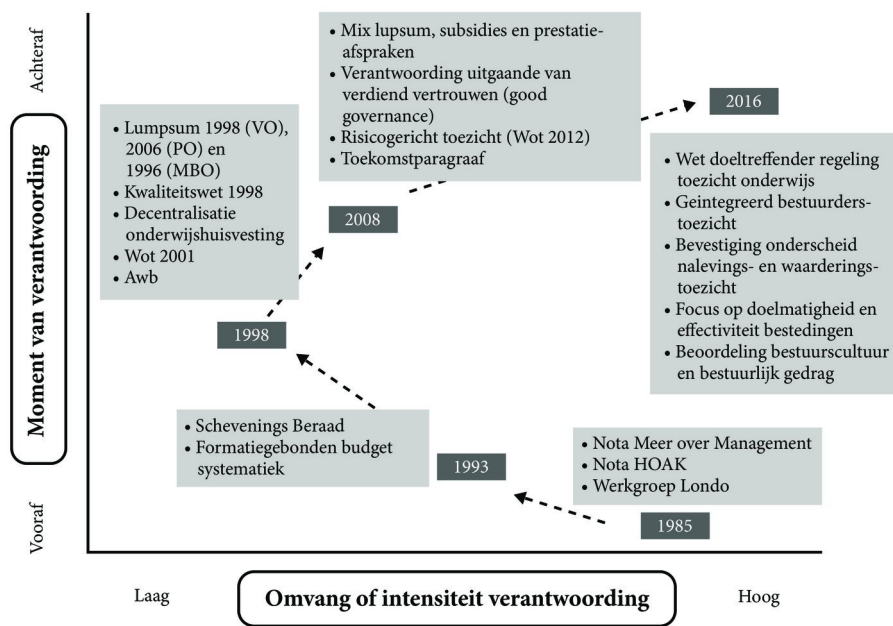
De eerste deelvraag luidde of er – tegen de achtergrond van de beschreven ontwikkelingen – sprake is van een ontwikkeling die van betekenis is voor de juridische positie van de professioneel bestuurder in het onderwijs en zo ja, wat die ontwikkeling inhoudt. Om een antwoord op deze deelvraag te kunnen geven is in de hoofdstukken 3 tot en met 8 de ontwikkeling van de onderwijswetgeving sinds 1985 bestudeerd, is in de hoofdstukken 3, 4

en 7 de bestuurlijke organisatie van het onderwijs en de bestuurlijke taak van de bestuurder in kaart gebracht en is in de hoofdstukken 5 en 6 gekeken naar de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke interventie-instrumenten gericht op de bestuurder.

Op basis van de bevindingen in bedoelde hoofdstukken is het mogelijk de ontwikkelingen in de afgelopen dertig jaar weer te geven in twee figuren (figuur 10.3.1a en figuur 10.3.1b). De eerste figuur maakt inzichtelijk dat de afgelopen dertig jaar wordt gekenmerkt door een toename van het aantal van de voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders geldende zorgplichten en dat de reikwijdte van die zorgplichten alomtvattender en specifieker is geworden. De tweede ontwikkeling – weergegeven in de tweede figuur – is dat het moment van verantwoording door onderwijsorganisaties is verschoven van vooraf (declaratiestelsel, geoordeelde gelden en stichtingsnormen) naar achteraf (lumpsum, prestaties en effectiviteit). Tegelijkertijd is de intensiteit (of omvang) van de verantwoording gewijzigd van laag intensief naar hoog intensief.

Figuur 10.3.2a Ontwikkeling zorgplichten



Figuur 10.3.2b Ontwikkeling verantwoording

De in deze twee schema's weergegeven ontwikkelingen vertonen een onderlinge samenhang die van betekenis is voor de juridische positie van de bestuurder. Meer en fijnmaziger zorgplichten betekenen hogere verwachtingen van onderwijsorganisaties en daarmee indirect ook van hun bestuurders. De onderwijsrechtelijke autonomie is hierdoor verder ingekapseld en de bestuursautonomie beperkt. Het gegeven dat de overheid zich niet alleen richt op het nalevingstoezicht maar ook op het waarderingsstoezicht, en dus normstellend is bovenop de wettelijke basisnorm, versterkt dit proces. De veranderingen met betrekking tot de wijze van verantwoording maakt het voor onderwijsorganisaties – en daarmee indirect hun bestuurders – al snel noodzakelijk om (achteraf) ten volle verantwoording af te leggen. Het externe toezicht is daar inmiddels ook op ingericht en ten behoeve van die verantwoording zijn en worden normen geformuleerd voor de beoordeling en waardering van het presteren van de onderwijsorganisatie en het functioneren van bestuurders. De aandacht van de onderwijswetgever en de overheid voor het functioneren van individuele bestuurders is toegenomen. Het externe toezicht is zich meer gaan richten op het functioneren van de onderwijsorganisatie en de professionaliteit van het bestuurlijk orgaan en daarmee op het handelen van individuele bestuurders. De intensiteit van het interne toezicht volgt die ontwikkeling.

Het effect van beide ontwikkelingen is dat de intensiteit van de beoordeling van het functioneren van individuele bestuurders de afgelopen dertig jaar is toegenomen. Bestuurders worden geacht meer verantwoordelijkheden te dragen; de omvang van de verantwoording volgt die groei. Dat geldt zeker in die situaties waarin achteraf twijfels bestaan over de kwaliteit van de verrichte prestaties, de verkrijging en besteding van publieke bekostiging en/of de professionaliteit van het bestuurlijk handelen. Juist in die gevallen is – achteraf – de intensiteit van de verantwoording hoog en al snel zeer specifiek. Ook het functioneren van individuele bestuurders komt dan nadrukkelijk in beeld.

10.3.2 *De wettelijke regulering van de juridische positie van de bestuurder is complex en weinig consistent (deelvraag 2)*

De tweede deelvraag was hoe de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie is gereguleerd en of die regulering consistent is. Het korte antwoord op deze deelvraag is dat de juridische positie van de bestuurder wordt bepaald door een complex vlechtwerk van wet- en regelgeving, jurisprudentie, statuten en interne regelingen, *soft law*, individuele afspraken en concrete omstandigheden. De wettelijke regulering van de juridische positie van de bestuurder is mede hierdoor weinig consistent.

Onderwijswet- en regelgeving sluit niet aan op complexiteit onderwijsorganisaties

De bevindingen in dit onderzoek laten zien dat de onderwijswet- en regelgeving te weinig oog heeft voor een consistente beschrijving van de juridische positie van de bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie. Dit blijkt vooral uit de hoofdstukken 3, 4, 5 en 6. Veel verschillen tussen de diverse sectorwetten zijn onnodig, er wordt onhandig gekopieerd, en zonder inzichtelijke motivering wordt met regelmaat afgeweken van vergelijkbare begrippen in meer algemene wetten zoals de Awb en het Burgerlijk Wetboek. De recente voorstellen tot modernisering van de Wet op het voortgezet onderwijs brengen daarin slechts beperkt verandering. De in de onderwijswetgeving gehanteerde kernbegrippen ‘bevoegd gezag’, ‘bestuur’, ‘besturen’ en ‘school/instelling’ vertonen een gebrekkige consistentie. Dit geldt ook voor begrippen als ‘taakverwaarlozing’, ‘wanbeheer’ en ‘doelmatigheid’ die veel ruimte laten voor interpretatie. Het ontbreekt ook eigenlijk aan een stelselmatige analyse van het effect van publiekrechtelijke normstellingen op de privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, en andersom.

De oorzaak van deze inconsistentie is deels te vinden in de opbouw van de huidige onderwijswetgeving. Die gaat er van oudsher van uit dat het openbaar onderwijs in stand wordt gehouden door de overheid of een publiekrechtelijke rechtspersoon. Echter,

inmiddels kent 99% van de onderwijsorganisaties een private rechtsvorm. Hierdoor is in de juridische praktijk de nadruk komen te liggen op handhaving langs de lijn van de bekostigingsvoorwaarden. Nadat begin deze eeuw de subsidietitel van de Awb op het onderwijs van toepassing werd verklaard, is het aantal zorgplichten gegroeid en fijnmaziger geworden, is het externe toezicht meer gericht op het voorkomen van risico's en is het toezicht op de naleving van de bekostigingsvoorwaarden aangevuld met het beoordelen en waarderen van het overigens functioneren van de onderwijsorganisatie, het bestuurlijk orgaan en individuele bestuurders. De prominente rol van handhaving is gepaard gegaan met meer aandacht voor interventie-instrumenten die zich nadrukkelijk richten op het functioneren van individuele bestuurders. De aanwijzingsbevoegdheid is daarvan het duidelijkste voorbeeld, maar de laatste jaren komen ook de privaatrechtelijke sturings- en interventie-instrumenten meer in beeld. Een verklaring hiervoor lijkt te zijn dat het privaatrecht mogelijkheden biedt om bestuurlijke bevoegdheden te beperken en de blik te richten op de eventuele (on)behoorlijke taakvervulling door een individuele bestuurder. Deze ontwikkeling leidt echter wel tot een zekere mate van vereenzelviging van onderwijsorganisaties en bestuurders.

Omwille van rechtszekerheid, consistentie en algemene wetgevingskwaliteit is in hoofdstuk 3 een herijking bepleit van het juridische grondschema en het bijbehorende onderwijsrechtelijk begrippenkader. In hoofdstuk 4 is geopperd om het onderscheid tussen de bestuurlijke verantwoordelijkheid en de onderwijskundige verantwoordelijkheid scherper aan te zetten. In hoofdstuk 5 is aangegeven dat er bij de interpretatie en de handhaving van de diverse zorgplichten behoefte is aan meer terughoudendheid. Zowel in hoofdstuk 5 als 6 is opgemerkt dat behoefte bestaat aan een zorgvuldiger proces dat ruimte biedt voor enerzijds verder onderzoek naar het bestuurlijk handelen van bestuurders en anderzijds het bereiken van een oplossing op de korte termijn. Het ontbreekt thans aan een regeling voor de oplossing van acute (financiële) noodsituaties. Verder is het raadzaam om met het oog op de evenredigheid na te denken over alternatieven voor de omvangrijke bekostigingssancties. Het verplicht aanbieden van hersteltrajecten of andere varianten gericht op herstel van de kwaliteit van het onderwijs is het overwegen waard. Dat is immers ook een door de overheid te beschermen algemeen belang. Bij dit alles behoeft de rechtspositie van de individuele bestuurder extra aandacht.

Het onderwijsrecht wordt gekenmerkt door een vergaande vermaatschappelijking en instrumentalisering

Toch is er meer aan de hand. In het onderwijs is sprake van een verregaande vermaatschappelijking en instrumentalisering van het recht. De onderwijswetgever voegt steeds nieuwe zorgplichten toe, verplicht vaak tot samenwerking en formuleert extra normen voor benoeming, beloning en ontslag van bestuurders. Overheid, maatschappelijke partners en

overige actoren zetten hun publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden vervolgens instrumenteel in, kiezen sneller voor de inzet van interventie-instrumenten en ‘dreigen’ bestuurders met de inzet van bevoegdheden, al dan niet in het openbaar. Vermaatschappelijking is niet iets nieuws en ook niet exclusief voor het onderwijs. Dat overheid en wetgever ter borging van het maatschappelijk belang van onderwijs een eigen taak hebben, was al in de Grondwet van 1814 benoemd en is inmiddels ook opgenomen in artikel 2 Eerste Protocol EVRM en artikel 13 IVESCR. Onderwijswetgeving is bij uitstek bestuurlijk organisatierecht en een maatschappelijk rechtsgebied. Vanaf het begin van de jaren negentig is deze vermaatschappelijking wel in een stroomversnelling geraakt door het instrumenteel inzetten van wet- en regelgeving en bevoegdheden.

De vraag die hierop volgt, is of deze vermaatschappelijking en instrumentalisering van het onderwijsrecht in combinatie met een gerichtheid op de bestuurder, niet een te hoge vlucht hebben gekregen. De conclusie is dat dit het geval is. Meer terughoudendheid is wenselijk, al was het maar omdat onderwijs iets is tussen docenten en leerlingen/studenten. Onderwijs vindt plaats op school, in de klas of via *blended learning*. De huidige onderwijswetgeving is nu te veel gericht op de regeling van bekostiging en op handhaving. Dat tast niet alleen de rechtspositie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders aan. Ook krijgt de rechtsverhouding van onderwijsorganisaties met ouders, studenten en leerlingen te weinig aandacht. Schoolleiders, leraren en docenten zijn eigenlijk niet goed aanspreekbaar op hun eigen functioneren. Het conceptwetsvoorstel Wvo 20xx, het wetsvoorstel Wet op het lerarenregister en het consultatiedocument Algemene Wet Onderwijs bevestigen dat. Deze voorstellen richten zich alle primair op de rechtsverhouding overheid-bevoegd gezag en nemen niet het recht op onderwijs als vertrekpunt. Het wetsvoorstel Wet op het lerarenregister borgt wel het recht op professionele ruimte, maar werkt niet uit op welke wijze leraren en docenten op de verwezenlijking van die ruimte en hun professionaliteit kunnen worden aangesproken. Het consultatiedocument Algemene Wet Onderwijs legt meteen in de artikelen 1.3 en 1.4 Algemene Wet Onderwijs de nadruk op de aard van de bepalingen als voorwaarden voor bekostiging en de bevoegdheid om sancties op te leggen als in strijd wordt gehandeld met het bepaalde bij of krachtens deze wet. Dat kan ook anders.

10.3.3 *De omvang van de autonomie van de bestuurder is kleiner geworden door de intensivering van het externe toezicht en de hoge verwachtingen van bestuurders (deelvraag 3)*

Een belangrijke conclusie is dat de omvang van de autonomie van de bestuurder kleiner is geworden door de intensivering van het externe toezicht en de hoge verwachtingen van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Deze conclusie kan worden ontleend aan de

bevindingen die naar voren komen in het kader van de vraag met welke grenzen een professioneel bestuurder wordt geconfronteerd. Het nalevings- en waarderingstoezicht lopen in elkaar over en het bestuurlijk draagvlak is doorslaggevend voor het functioneren als bestuurder. De precieze grenzen waarmee een bestuurder wordt geconfronteerd worden bepaald door de specifieke rechtsverhouding. Uit de hoofdstukken 4 tot en met 8 blijkt dat het aantal zorgplichten is toegenomen, dat het aantal interventie-instrumenten is gegroeid en dat de drempel voor het gebruik van zowel zorgplichten als interventie-instrumenten bij alle actoren lager is geworden. Voorts bestaat de behoefte om bestuurders sneller, ook in privé, aan te spreken.

Nalevings- en waarderingstoezicht lopen in elkaar over

De Inspectie van het Onderwijs en de NVAO hebben de ruimte gekregen om de wet- en regelgeving te interpreteren en uit te werken in onderzoekskaders, beoordelingscriteria, indicatoren en waarderingkaders. Het nalevings- en waarderingstoezicht lopen geheel in elkaar over. Gevolg is dat onduidelijkheid bestaat over de vraag wie het initiatief toekomt om te bepalen wat goed onderwijs is; en in het verlengde daarvan wat goed bestuur verlangt. Het onderwijsrechtelijke autonomiebeginsel veronderstelt dat dit initiatief in eerste instantie berust bij onderwijsorganisaties, bestuurders en docenten. De ruimte om dat initiatief te nemen wordt echter beperkt doordat de externe toezichthouders zich niet alleen richten op het nalevingstoezicht. Zij waarderen ook de kwaliteit van het onderwijs en het bestuurlijk functioneren en hebben behoefte aan het vroegtijdig detecteren van mogelijke risico's. Die beoordeling en waardering geschiedt ook nog eens achteraf en in het openbaar. Dat leidt tot nadere normstelling; en daarmee tot een verdere begrenzing van de autonomie. Het gegeven dat de Inspectie van het Onderwijs en de NVAO niet alleen bevoegd zijn om te bepalen of onderwijsorganisaties en hun bestuurders de onderwijswet- en regelgeving naleven maar zich ook – in het openbaar – kunnen uitspreken over de waardering van de verrichte prestaties en het bestuurlijk functioneren, verstoort bovendien de balans tussen onderwijsorganisaties en intern toezichthouders. Doordat zij in het openbaar een oordeel kunnen geven over het functioneren van het bestuur en het handelen van individuele bestuurders, treden zij in de wettelijke taak van de intern toezichthouders om toezicht te houden op het bestuur en in hun rol van werkgever van individuele bestuurders.

Bestuurlijk draagvlak is doorslaggevend

Ook kan geconstateerd worden dat de diverse goedkeurings- en adviesrechten van intern toezichthouders en medezeggenschap in aantal toenemen en dat het aantal samenwerkingsverplichtingen stijgt. Dit leidt tot een bestuurlijke verdichting die de autonomie verder beperkt. Onderwijsorganisaties zijn afhankelijk van het bestuurlijk netwerk en bestuurders dienen meer rekening te houden met alle actoren in het bestuurlijk krachtenveld.

Bestuurders hebben als gevolg minder ruimte om bestuurlijk beleid te bepalen. Voor zover zij moeten of willen samenwerken schieten veel van de huidige wettelijke faciliteiten voor samenwerking al snel tekort en is sprake van meerdere – niet altijd even goed herkenbare – juridische randvoorwaarden. Dit alles gaat gepaard met meer eisen en verwachtingen bij de benoeming van bestuurders en minder ruimte voor bestuurders om individuele afspraken te maken over beloning en arbeidsvoorwaarden. Bij terechte maar zelfs ook bij onterechte twijfel kunnen zij vrij eenvoudig worden ontslagen en de arbeidsrechtelijke rechtspositie van bestuurders is zwak. Het gevolg van deze bestuurlijke verdichting en de hoog gestelde verwachtingen is dat het bestuurlijk draagvlak uiteindelijk doorslaggevend is voor de (juridische) positie van de individuele bestuurder.

Een breder perspectief op de onderwijsrechtelijke autonomie

Bij aanvang van dit onderzoek is als uitgangspunt genomen dat de aanwezigheid van autonomie voor bestuurders van onderwijsorganisaties waardevol is voor het functioneren van de onderwijsorganisatie en de kwaliteit van het onderwijs. Tegelijkertijd is er het besef dat te veel autonomie ook negatieve effecten kan hebben. Het gaat om het zoeken naar de juiste balans. In hoofdstuk 9 is ten behoeve van de zoektocht naar die balans een aanzet gegeven voor een juridisch beoordelingskader voor begrenzingen van de autonomie van onderwijsorganisaties en hun bestuurders. Opgemerkt is dat het mogelijke verweer van onderwijsorganisaties en bestuurders dat een grens de autonomie te veel beperkt, te weinig waarde heeft als alleen een beroep wordt gedaan op de door artikel 23 Grondwet beschermde vrijheden. Het ligt daarom voor de hand meer aandacht te schenken aan de algemene onderwijsrechtelijke autonomie zoals die voor alle onderwijsorganisaties – en daarmee hun bestuurders – geldt en deels ook is benoemd in de diverse afbakeningsartikelen. In dit verband behoeft vooral de door het algemeen rechtspersonenrecht beschermde bestuursautonomie extra aandacht. Bestuurders moeten kunnen besturen en moeten de ruimte hebben om zelf de betrokken belangen af te wegen.

10.3.4 Beantwoording probleemstelling: “Wat is de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs?”

De bestuurder die in dit onderzoek centraal heeft gestaan is de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie die belast is met de functie bestuur, die het besturen als hoofdtaak heeft, die gewoonlijk lid is van het bestuurlijk orgaan en die (doorgaans) wordt bezoldigd. Voor deze bestuurder is ‘het besturen’ zijn professie. Een bestuurder heeft echter uiteindelijk meerdere hoedanigheden. Hij is niet alleen bestuurder, maar ook een privépersoon en vaak werknemer. De juridische positie van de bestuurder en de bijbe-

horende taken, bevoegdheden, rechten en verplichtingen verschillen per hoedanigheid. Dit onderzoek bevestigt echter dat die hoedanigheden elkaar over en weer ook beïnvloeden.

Dit onderzoek laat zien dat de precieze juridische positie van de bestuurder sterk afhankelijk is van het complexe vlechtwerk van wet- en regelgeving, statuten en interne regelingen, *soft law*, individuele afspraken en concrete omstandigheden. De uitkomst van dit complexe vlechtwerk is dat de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs wordt gevormd door vier nadere conclusies:

1. De bestuurder is zowel het gezicht als het hoofd van de onderwijsorganisatie.
2. De bestuurstaak is fijnmazig en alomvattend.
3. De nadruk ligt bij besturen al snel op verlangde gedragsnormen.
4. De juridische positie is afhankelijk van vertrouwen.

Conclusie 1: De bestuurder is zowel het gezicht als het hoofd van de onderwijsorganisatie

De bestuurder is allereerst het ‘gezicht’ van de onderwijsorganisatie. Hij vertegenwoordigt de onderwijsorganisatie in de diverse rechtsverhoudingen. Om die reden is hij in de dagelijkse praktijk uiteindelijk de belangrijkste gesprekspartner voor derden, daaronder begrepen de overheid. De bestuurder is daarnaast ook het ‘hoofd’; hij is belast met het besturen van de onderwijsorganisatie en hij draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken.

De professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie wordt aangesproken op het functioneren van die onderwijsorganisatie. Presteert de onderwijsorganisatie niet naar behoren, is er sprake van financiële problemen of is er anderszins onrust over het functioneren van de onderwijsorganisatie, dan heeft dat betekenis voor de waardering van het functioneren van de individuele bestuurder. Het kunnen aanspreken van de bestuurder veronderstelt het bestaan van een bestuurlijke verantwoordelijkheid en bestuursautonomie. Tegelijkertijd ontbreekt het bestuurders in veel situaties juist aan voldoende autonomie om die bestuurlijke verantwoordelijkheid te kunnen verwezenlijken. Bij de vervulling van zijn bestuurlijke taak is hij afhankelijk van de hem toevertrouwde ruimte, zijn bestuurlijk draagvlak en het bestuurlijk netwerk. Om die reden is het wenselijk een duidelijk onderscheid te maken tussen praktische aanspreekbaarheid enerzijds en juridische verantwoordelijkheid anderzijds. Het aanspreken van bestuurders is logisch voor zover dat aanspreken volgt uit het gegeven dat zij praktisch gesprekspartner zijn. Voor wat betreft de juridische verantwoordelijkheid geldt dat zij juridisch verantwoordelijk zijn voor de algemene gang van zaken en het behoorlijk vervullen van de bestuurstaak, maar niet voor specifieke prestaties van de onderwijsorganisatie als zodanig. Daar is meer voor nodig.

Conclusie 2: De bestuurstaak is fijnmaziger en alomvattend

De tweede conclusie is dat de taak van de bestuurder in het onderwijs fijnmaziger is geworden en meer is gaan omvatten. De afgelopen dertig jaar kenmerken zich door een stapsgewijze groei van de intensiteit van de verantwoording. Die hogere intensiteit zorgt niet alleen voor meer en fijnmaziger zorgplichten voor onderwijsorganisaties maar ook voor een fijnmaziger en alomvattendere bestuurstaak. De van bestuurders bij de besluitvorming verlangde zorgvuldigheid neemt toe en de aandacht voor de mate waarin bestuurders de verschillende belangen afwegen stijgt. Deze ontwikkeling naar meer fijnmazigheid is gepaard gegaan met een verdichting van de bestuurlijke verhoudingen. De diverse wettelijke samenwerkingsverplichtingen en de ontwikkelingen op het terrein van het intern toezicht en medezeggenschap zijn daar voorbeelden van. Ook de aspecten benoeming, profiel, beloning en ontslag zijn meer dichtgeregeld. Gevolg van deze fijnmazigheid en verdichting is dat de verwachtingen van bestuurders hoger zijn gesteld, terwijl tegelijkertijd de afhankelijkheid van andere actoren groter is geworden en van bestuurders wordt verwacht dat zij zorgdragen voor bestuurlijk draagvlak voor hun besluiten.

Conclusie 3: De nadruk ligt bij besturen al snel op verlangde gedragsnormen

Besturen veronderstelt het maken van keuzes en het afwegen van belangen. De bestuursautonomie is echter verkleind doordat voor bestuurders niet alleen de privaatrechtelijke norm van behoorlijke taakvervulling of de indirecte betekenis van de voor de onderwijsorganisatie wettelijke deugdelijkheidseisen een rol spelen. Door het gemaakte onderscheid tussen nalevings- en waarderingstoezicht en de keuze in de branchecodes om meer nadruk te leggen op de ‘zachte kanten van bestuur’ en de ‘cultuur van besturen’, zijn – in aanvulling op of ter uitwerking van de geldende juridische gedragsnorm – verlangde gedragsnormen betekenisvoller geworden voor de waardering van het functioneren van bestuurders. Kernwaarden als integriteit, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, verantwoordelijkheid, openheid en transparantie hebben echter al snel een normatief-ethisch karakter. Dat leidt tot hogere verwachtingen van bestuurders en onduidelijkheid over de door de bestuurder af te wegen belangen.

De nadruk op verlangde gedragsnormen lijkt een uiting van het verlangen naar bestuurders die maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen en daarop aanspreekbaar zijn. In dit onderzoek is aangegeven dat besturen een ‘zorgen’ betekent. Om het mogelijk te maken dat een bestuurder ook echt kan zorgen, is – onverminderd het belang van enig maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef bij bestuurders – enige terughoudendheid wenselijk bij de beoordeling van het bestuurlijk handelen, bij het formuleren van normen en bij het inzetten van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke interventie-instrumenten. Tevens is het noodzakelijk dat het besef overeind blijft staan dat het belang van de onderwijsorganisatie niet steeds gelijk is aan het belang van de betrokkenen bij die onderwijsorganisatie,

daaronder begrepen de overheid. Het belang van de onderwijsorganisatie en het publiek belang liggen hoogstens in elkaars verlengde. Naarmate de aandacht voor verlangde gedragsnormen toeneemt en andere belangen dan het belang van de onderwijsorganisatie en het door die onderwijsorganisatie te verzorgen onderwijs zwaarder wegen, ontstaat een onbalans in de verhoudingen. Uiteindelijk moet een bestuurder in staat worden gesteld om autonoom te kunnen besturen en zelf een keuze te maken na een eigen afweging van de betrokken belangen.

Conclusie 4: De juridische positie van de bestuurder is afhankelijk van vertrouwen

Een vierde conclusie is dat de juridische positie van de bestuurder in het onderwijs vooral afhankelijk is van vertrouwen. De fijnmaziger en alomvattender bestuurstaak en de nadruk op verlangde gedragsnormen, tezamen met de weinig consistente regulering van de juridische positie van de bestuurder, hebben voor de bestuurder onnodig rechtsonzekerheid tot gevolg. Het is voor een bestuurder niet eenvoudig de eigen taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden aan te wijzen. De behoefte bij de diverse actoren aan overleg, betrokkenheid en verantwoording is bovendien groot. Zeker op het moment dat de bevoegdheden van de andere actoren in het bestuurlijk krachtenveld toenemen, bijvoorbeeld door de toekenning van overleg-, advies- of instemmingsrechten, roept dat de vraag op of met die extra bevoegdheden niet ook de eigen verantwoordelijkheid van die andere actoren toeneemt.

De onderwijsorganisatie en de bestuurder die duidelijk de wet naleeft en die overigens overtuigend kan laten zien dat het goed gaat heeft weinig te vrezen. Op het moment van twijfels, onrust of crises leidt de in dit onderzoek beschreven ontwikkeling echter juist tot een zwakke juridische positie van de bestuurder. Hij staat als gezicht en als hoofd van de onderwijsorganisatie in het middelpunt van de belangstelling en alleen vertrouwen en communicatie kunnen hem dan nog redden. Gevolg is dat het oordeel over het functioneren van de professioneel bestuurder afhankelijker wordt van de interpretatie van de omstandigheden van het geval; en daarmee van het persoonlijk vertrouwen. Besturen is dan persoonlijk.

10.4 EEN BLIK VOORUIT

Besturen is niet eenvoudig. De zoektocht naar een balans tussen de autonomie van de bestuurder en de ruimte voor actoren om die autonomie te begrenzen vormt een uitdaging. Dit geldt zowel voor bestuurders als voor alle overige actoren in het bestuurlijk krachtenveld. In dit deel doe ik enkele aanbevelingen voor vooral wetgever en beleidsmakers die het aangaan van deze uitdaging mogelijk kunnen ondersteunen.

Aanbeveling 1: Bevorder de herkenbaarheid en rechtszekerheid van het onderwijsrecht

Een toets bij het stellen van grenzen aan de onderwijsrechtelijke en de daarmee samenhangende bestuurlijke autonomie is of de bij die grenzen behorende normen kenbaar zijn en de mogelijke inzet van de bijbehorende interventie-instrumenten voorzienbaar. Het huidige onderwijsrecht doorstaat die toets niet.

Een mogelijkheid om de rechtszekerheid te bevorderen is het erkennen en wettelijk inpassen van het juridisch grondschema voor de bestuurlijke organisatie van het onderwijs. De voorkeur gaat daarbij uit naar inzichtelijke kernbegrippen. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de onderwijsorganisatie en de onderwijsinstelling en tussen rechtspersoon en bestuurder. Ook kan ruimte worden geboden voor het duidelijker positioneren van organisatorische eenheden. Gelet op het gegeven dat de meeste onderwijsorganisaties een private rechtsvorm hebben, kan bij de uitwerking de private rechtsvorm en het algemeen rechtspersonenrecht als vertrekpunt worden genomen. Extra helderheid kan voorts worden geboden door het huidige begrip bevoegd gezag beperkter in te zetten en te reserveren voor de uitoefening en toekenning van rechtshandelingen met publiekrechtelijk rechtsgevolg. Dat biedt onderwijsorganisaties ook de ruimte om – in lijn met de vrijheid van inrichting – zelf te bepalen door wie dat bevoegd gezag wordt uitgeoefend.

Een algemene onderwijswet die zich richt op de bestuurlijke organisatie, de bekostigings-systematiek en de wijze van verantwoording kan dit proces versnellen. Dat maakt de onderwijswetgeving toegankelijker en biedt kansen om onnodige verschillen tussen onderwijssectoren weg te nemen.

Aanbeveling 2: Ga uit van noodzakelijke normen en interventie-instrumenten

Een volgende aanbeveling richt zich op de noodzakelijkheid en rechtvaardiging van normen, interventie-instrumenten en daadwerkelijke interventies. Het verdient aanbeveling om die bepalingen die de autonomie van bestuurders en onderwijsorganisaties beogen te beschermen tegenover de overheid meer exclusiviteit te geven. Het verdient tevens aanbeveling om de naleving van algemene zorgplichten in beginsel alleen marginaal te toetsen. De beoordeling van de naleving van open geformuleerde zorgplichten geeft al snel aanleiding tot nadere interpretatie door anderen dan de bestuurder of de onderwijswetgever. Naarmate die interpretatie indringender en de toets voller wordt, neemt de noodzakelijkheid en de rechtvaardiging van een zorgplicht af. Met een beroep op het vangnetkarakter van zorgplichten moet dan ook zeer terughoudendheid worden omgegaan.

In het verlengde hiervan is het wenselijk te komen tot een herbezinning op de samenloop tussen het civielrechtelijk ontslag door de rechtbank (2:299 BW), de civielrechtelijke enquêteprocedure, de in de bijzondere sectorwetten beschreven aanwijzingsbevoegdheid

en het publiekrechtelijk onderzoek naar het bestuurlijk handelen (artikelen 3, 4, 12a en 15 Wot). Het onderliggende onderzoekskader en de bijbehorende normen vertonen veel gelijkenis maar zijn niet gelijk. Dat geldt ook voor de bijbehorende procedures. Er zijn onvoldoende argumenten voor het naast elkaar bestaan van vergelijkbare interventie-instrumenten.

Terughoudendheid speelt ook een rol bij de bestuursgerichte aanpak van het externe toezicht. Het zou een goede zaak zijn als bestuurders meer flexibiliteit wordt geboden om de bestuursorganisatie naar eigen inzicht in te richten en de externe verantwoording daarop te laten aansluiten. Dat kan door meer ruimte te geven tot scheiding van de verantwoordelijkheid tussen de bestuurlijke functie en de onderwijskundige leiding. De afstand van bestuurders tot het dagelijks onderwijsproces is groot. De bestuurder is uiteraard eindverantwoordelijk voor het geven van onderwijs, maar het is weinig noodzakelijk om altijd eerst hem aan te spreken op de onderwijskundige leiding. Bestuurders kunnen hier overigens ook zelf het voortouw in nemen. Dat kan door de interne bestuursorganisatie hier nadrukkelijker op in te richten. Zij kunnen ook zelf, al dan niet samen met andere onderwijsorganisaties, de kwaliteit van het onderwijs en het functioneren van organisatorische eenheden, scholen, afdelingen of groepen van opleidingen periodiek toetsen, visiteren of accrediteren.

Aanbeveling 3: Normen en interventies dienen evenredig en proportioneel te zijn

Een norm, interventie-instrument of daadwerkelijke interventie dient evenredig en proportioneel te zijn (*fair balanced*). Om dat te kunnen beoordelen verdient het aanbeveling om in elk geval bij de inzet van interventie-instrumenten stelselmatig verantwoording af te leggen over de keuze voor het interventie-instrument en waarom niet is volstaan met een lichter instrument.

Bij de beoordeling van de evenredigheid en proportionaliteit van bekostigingssancties en civielrechtelijke schadevergoedingen, kan meer worden afgewogen welke alternatieven door de onderwijsorganisatie zijn aangedragen en welke nadere maatregelen de bestuurder reeds heeft ingezet. Zijn bijvoorbeeld hersteltrajecten aangeboden, is het voorstel gedaan om te komen tot geormerkte investeringen in de kwaliteit van het onderwijs of zijn vergelijkbare bestuurlijke oplossingen aangedragen? Zeker bij bekostigingssancties in verband met onrechtmatige verkrijging en/of besteding van publieke middelen bestaat ten onrechte weinig ruimte voor de erkenning van het algeheel functioneren van de onderwijsorganisatie. Bekostigingssancties komen nu ten koste van de kwaliteit van het onderwijs aan opvolgende leerlingen/studenten. In hoofdstuk 5 wordt daarom onder meer gepleit voor alternatieven voor de omvangrijke bekostigingssancties bij in elk geval de niet-naleving van wettelijke verplichtingen die geen duidelijke onderwijsrechtelijke hoofdverplichting zijn. Zeker in

die situaties dat er onderwijs is gegeven verdienen proportionele interventies en het overwegen van matiging extra aandacht. De figuur van de bestuurlijke boete, het verplicht aanbieden van hersteltrajecten of andere varianten gericht op herstel of correctie zijn nader onderzoek waard.

Het beginsel van evenredigheid en proportionaliteit kan meebrengen dat bestuurders onder omstandigheden juist namens hun onderwijsorganisaties bij financiële problemen een beroep moeten kunnen doen op extra financiële ondersteuning. Dit ter borging van de continuïteit van het onderwijsaanbod en de kwaliteit van het onderwijs. Dit beginsel noopt tot het accepteren door de overheid en andere betrokkenen dat niet alle risico's uit te sluiten zijn. Dat betekent dat bij geschillen en financiële problemen die geen betekenis hebben voor het bestel, soms het maatschappelijk belang van wederzijds vertrouwen in het oplossend of zelfreinigend vermogen van onderwijsorganisaties zwaarder moet wegen dan het publieke belang van het terugkrijgen van onrechtmatig ontvangen en/of bestede publieke middelen.

Aanbeveling 4: Kies voor voldoende rechtsbescherming voor bestuurders

Tot slot een blik op de rechtsbescherming van bestuurders. Uit dit onderzoek blijkt dat twijfels bestaan over de vraag of bestuurders bij een (voorgenomen) interventie wel aanspraak kunnen maken op voldoende rechtsbescherming (*fair trial*). Daar hebben zij wel recht op.

De rechtsbescherming van bestuurders kan in elk geval worden bevorderd door bij de beoordeling van de behoorlijkheid van de taakvervulling, aandacht te besteden aan de kwaliteit van het besluitvormingsproces, het draagvlak voor die besluitvorming en de betoonde zorg voor het beheersen van de bijbehorende risico's. Hierbij kan ook worden gekeken naar de invloed van andere actoren op de daadwerkelijke beslissingsruimte van het bestuur. Extra aandacht voor het besluitvormingsproces vergt tegelijkertijd wel enige terughoudendheid. Immers, bij beoordelingen achteraf is de kans groot dat onvolkomenheden een te zware lading krijgen. Achteraf had het altijd beter gekund.

Met betrekking tot de vaststelling van onderzoeksrapporten van overheidswege en de openbaarheid daarvan, verdient het aanbeveling om de vaststelling van defamerende onderzoeksrapporten aan te merken als besluiten waartegen bezwaar en beroep openstaat. Een bezwaar en beroep zou ook de openbaarmaking moeten kunnen opschorten, met dien verstande dat met het oog op de gewenste slagvaardigheid kan worden overwogen de bijbehorende termijnen in te korten.

De rechtspositie van bestuurders behoeft in elk geval extra aandacht bij onderzoeken van overheidswege die zien op het bestuurlijk handelen van bestuurders en waarin wordt onderzocht of mogelijk sprake is van wanbeheer als bedoeld in de onderwijswetgeving, gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid of gronden voor ontslag door de rechtbank. Bij dergelijke onderzoeken behoren (ex-)bestuurders ook in privé in de gelegenheid te worden gesteld om te worden gehoord en zij dienen als belanghebbende bij het besluit tot vaststelling van het onderzoeksrapport en het besluit tot openbaarmaking te worden aangemerkt. Dit geldt ook voor onderzoeken naar de bezoldiging van bestuurders.

De inrichting van een laagdrempelige onafhankelijke regeling voor crisissituaties is het overwegen waard. Een onafhankelijke rechter kan vervolgens praktische aanwijzingen geven tot beslechting van geschillen tussen overheid, onderwijsorganisaties en medezeggenschap. Op basis van deze regeling zou bij vermoedens van wanbeheer of financieel wanbeleid ook een onderzoeker kunnen worden aangewezen. Die aanwijzing en de onderzoeker maakt ook de afweging tussen de diverse autonomiebeginselen en het publiek belang van goed onderwijs beter inzichtelijk. De regeling kan tevens een vervanging zijn van de mogelijkheid tot het geven van een bestuurlijke aanwijzing, de bevoegdheid om een beroep te doen op artikel 2:298 BW en de huidige hogerberoepsprocedure bij medezeggenschapsgeschillen.

Voormelde zorgen over de rechtsbescherming van bestuurders spelen ook op bij het ontslag van bestuurders en de toekenning van ontslagvergoedingen. Bij het toepassen van een billijkheidscorrectie boven het WNT-maximum of een geschil over de reden voor ontslag of de billijkheid van de ontslagvergoeding is altijd een gang naar de rechter nodig. De negatieve publiciteit die van de bijbehorende volle openbaarheid het gevolg is, is uiteindelijk schadelijk voor zowel de individuele bestuurder als voor de betrokken onderwijsorganisatie. Reeds dat is niet in het belang van het onderwijs. Een oplossing zou kunnen zijn dat organisaties van intern toezichthouders en bestuurders in hun afspraken over de arbeidsvoorwaarden ook ruimte creëren voor het onafhankelijk adviseren over beloningen en beëindigingsregelingen.

10.5 SLOT

Wat is de juridische positie van de professioneel bestuurder van een complexe onderwijsorganisatie? Het afsluitende antwoord op deze vraag is dat de bestuurder zowel gezicht als hoofd is van de onderwijsorganisatie. Hij behoort als lid van het bestuurlijk orgaan van de onderwijsorganisatie te besturen en is praktisch aanspreekpunt voor alle actoren in het bestuurlijk krachtenveld. De begrenzing van de autonomie van de bestuurder is de afgelopen

dertig jaar toegenomen doordat onderwijsorganisaties aan meer en fijnmaziger zorgplichten hebben te voldoen, onderwijsorganisaties afhankelijker zijn geworden van hun bestuurlijk netwerk, het interne en extern toezicht op het individuele functioneren als bestuurder is toegenomen en er meer aandacht is voor zijn bestuurlijk draagvlak.

Bij de beantwoording van de probleemstelling is getracht de voor de bestuurder in het onderwijs relevante wet- en regelgeving te analyseren. Een verzuchting is dat het huidige onderwijsrecht zeer complex is en weinig samenhang vertoont. Het is breed en omvangrijk, moeilijk te doorgronden en weinig consistent. De snelheid en gelaagdheid van nieuwe normstelling is bovendien hoog. De overheid interpreteert de wettelijke deugdelijkheidseisen. De keuze voor waarderingstoezicht leidt tot extra normstelling. De complexiteit die hiervan het gevolg is heeft geleid tot een juridisch normenkader dat voor onderwijsorganisaties en hun bestuurders niet langer inzichtelijk is. Dit behoeft nadrukkelijk de aandacht van onderwijswetgever, overheid, externe en interne toezichthouders. Het risico is namelijk hulpeloosheid en het niet langer in control kunnen zijn als bestuurder. Niet de bestuurlijke kwaliteit maar primair een goede relatie met de (lokale) overheid, samenwerkingspartners en medezeggenschap biedt bestuurders dan nog ruimte om – als het moeilijk wordt – een beroep te doen op bestuurlijk draagvlak. Persoonlijk vertrouwen wordt hierdoor doorslaggevend. Als persoonlijk vertrouwen de sleutel is, neemt het belang van bestuurders bij een goede verstandhouding met alle actoren in het bestuurlijk krachtenveld toe. Dat is positief met het oog op de inbedding van het bestuurlijk beleid, maar kan ook een te grote afhankelijkheid tot gevolg hebben.

In dit proefschrift is door mij het beginsel van autonomie als waardevol aangemerkt. Bestuurders hebben het recht om een beroep te doen op hun rechtspersonenrechtelijke bestuursautonomie en om namens hun onderwijsorganisaties te wijzen op het onderwijsrechtelijk autonomiebeginsel. Dat is legitiem, past bij de historie van het Nederlands onderwijs en het wezen van het rechtspersonenrecht en sluit aan op het zelfstandige karakter van onderwijsorganisaties. Autonomie biedt ruimte voor het inspelen op de vraag van ouders, leerlingen en studenten en het zelf continu verbeteren van de kwaliteit van het onderwijs. Het beroep van bestuurders op autonomie is ook niet bij voorbaat defensief. Autonomie veronderstelt immers initiatief, nadenken, afwegen, keuzes maken en daarvoor staan. Ook als het moeilijk wordt of pijn doet. Het zijn van 'herder' is voor bestuurders echt niet langer genoeg en het eigen belang van de onderwijsorganisatie is heus niet altijd doorslaggevend. Een bestuurder moet zorgdragen voor duurzame waardecreatie; onderwijs dat elke dag een beetje beter is. Onnodige begrenzing van de autonomie van de bestuurder heeft als effect een beperking van de bestuurskracht, tast de soevereiniteit van het onderwijs aan en zet de adequate rechtsbescherming van individuele bestuurders onder druk. Dat gaat uiteindelijk ook ten koste van de kwaliteit van het onderwijs.

Met bestuurlijke taken en bevoegdheden komt uiteraard ook bestuurlijke verantwoordelijkheid. Dat de bestuurder gezicht en hoofd is van de onderwijsorganisatie en dat besturen een zorgen betekent, wil alleen niet zeggen dat een bestuurder ook altijd juridisch verantwoordelijk is. Laat staan dat als de kwaliteit van het onderwijs niet op orde is of er een financieel probleem is, dit betekent dat een individuele bestuurder niet goed functioneert, wanbeheert, verwijtbaar handelt of persoonlijk aansprakelijk is. Een bestuurder hoeft niet alles zelf te doen en kan niet alles zelf doen. Tegelijkertijd kan en mag hij ook niet alles overlaten aan anderen. Hij is als professioneel bestuurder – samen met zijn eventuele medebestuurders en in samenwerking met alle betrokkenen bij de onderwijsorganisatie – bestuurlijk eindverantwoordelijk voor het functioneren van de onderwijsorganisatie; en daarmee voor het geven van goed onderwijs. Dat is bij complexe onderwijsorganisaties bijna een politieke eindverantwoordelijkheid te noemen. Die gedachte bevestigt ook meteen de persoonlijke kwetsbaarheid van bestuurders. Juist het vertrouwen in de persoon van de bestuurder wordt dan immers belangrijk; en niet zozeer zijn bestuurlijk functioneren. Om de persoonlijke kwetsbaarheid die hiervan het gevolg is niet te groot te laten worden, is het wenselijk dat er voldoende balans blijft bestaan tussen de autonomie van de bestuurder en de ruimte van alle andere actoren om die autonomie te begrenzen en het vertrouwen ter discussie te stellen. Overheid en onderwijswetgever kunnen daaraan bijdragen door bestuurders van onderwijsorganisaties voldoende bescherming te bieden om zelf bestuurlijke oplossingen te zoeken. Onderwijsorganisaties en hun bestuurders kunnen op hun beurt het initiatief nemen om zelf continu te formuleren wat goed onderwijs en goed professioneel bestuur is en verlangt.

BIJLAGE – ONTWIKKELING ARTIKEL 23

GRONDWET

Artikel 140 Grondwet 1814

Ter bevordering van de Godsdienst, als een vaste steun van den Staat en ter uitbreiding van kennis is het openbaar onderwijs op de hooge, middelbare en lage scholen een aanhoudend voorwerp van de zorg der Regering. De Souvereine Vorst doet van den Staat dier scholen jaarlijks aan de Staten-Generaal een uitvoerig verslag geven.

Artikel 194 Grondwet 1815

Het openbaar onderwijs is een aanhoudend voorwerp van de zorg der Regering. De Koning doet van de staat der hooge, middelbare en lage scholen, jaarlijks aan de Staten-Generaal een uitvoerig verslag geven.

Artikel 194 Grondwet 1848

1. Het openbaar onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regering.
2. De inrichting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, door de wet geregeld. Er wordt overal in het Rijk van overheidswege voldoende openbaar lager onderwijs gegeven.
3. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.
4. De Koning doet van den staat der hooge-, middelbare en lagere scholen jaarlijks een uitvoerig verslag aan de Staten-Generaal geven.

Artikel 192 Grondwet 1917

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regeering.
2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht der Overheid, en bovendien, voor zoover het algemeen vormend zoowel lager als middelbaar onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van den onderwijzer, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, bij de wet geregeld.
4. In elke gemeente wordt van Overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen. Volgens bij de wet te stellen

regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zoodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven.

5. De eischen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten deele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zoover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.

6. Deze eischen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zoodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geërbiedigd.

7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar denzelfden maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hooger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.

8. De Koning doet jaarlijks van den staat van het onderwijs aan de Staten-Generaal verslag geven.

Artikel 23 Grondwet 1983

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.

2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.

3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld.

4. In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school.

5. De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.

6. Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geërbiedigd.

7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare

kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.

8. De regering doet jaarlijks van de staat van het onderwijs verslag aan de Staten-Generaal.

BIJLAGE 5.2.3A – OVERZICHT

PUBLIEKRECHTELIJKE

INTERVENTIE-INSTRUMENTEN IN HET

ONDERWIJS (EXCLUSIEF OPENBAAR

ONDERWIJS)

Publiekrechtelijke instrumenten	Awb	Onderwijswetgeving
Verplichtingen		
Zodanig administratie/zorgplicht professioneel beheer	- Artikel 4:69 Awb	Minister van OCW - Goed bestuur - 171 lid 4 Wpo - 103 lid 4 Wvo - 2.10a Whw
Verslaglegging / Controleprotocol	- Artikel 4:76 Awb	Minister van OCW - 171 lid 4 Wpo - 103 lid 4 Wvo - 2.5.7a Web - 2.10a Whw
Informatie	- Artikel 5:11-5:20 Awb	Minister van OCW - 172 Wpo - 103a Wvo - 2.5.5 Web - 2.5.6 Web - 2.10 Whw
Beleidsinhoudelijke informatie	- -	- 173 Wpo - 103a1 Wvo
Onderzoek		
(Medewerking) / Onderzoek	- Artikel 5:11-5:20 Awb	Inspectie van het Onderwijs - 3 Wot Minister van OCW - 34a lid 1 Besluit bekostiging Wpo - 21 lid 1 Besluit bekostiging Wvo
Informeren specifieke derden	- -	Inspectie van het Onderwijs - 13 Wot (informeren gemeente kwaliteit onderwijs (po, vo)) - 14 lid 1 Wot (informeren minister over kwaliteit onderwijs) - 20 lid 2 Wot en 12a lid 5 Wot (meldingsplicht niet-naleving wettelijke voorschrift)
Beoordelen kwaliteit onderwijs	- -	Inspectie van het Onderwijs 3 Wot

Beoordelen intensiteit toezicht	- -	Inspectie van het Onderwijs - 4 lid 3 Wot
Publicatie onderzoek (<i>naming and shaming</i>)	- -	Inspectie van het Onderwijs - 21 Wot en 12a lid 5 Wot
Voorstel maatregelen	- -	Inspectie van het Onderwijs - 14 lid 2 Wot
Sancties		
Waarschuwing	- -	Minister van OCW - 6.1.5 Web (rechten opleiding) - 6.1.5b Web (examinering) - 6.6 lid 2 Whw
Preventieve herstelsanctie	- 5:7 Awb	- -
Treffen van maatregelen	- -	Minister van OCW - 164a Wpo - 104a Wvo - 6.1.5a Web
Aanwijzing	- -	Minister van OCW - 163b Wpo - 103g Wvo - 9.1.4a Web - 10.3 ^e Whw - 9.9a Whw - 9.51 lid 2, 6 ^e volzin Whw
Sancties op geld waardeerbaar		
Opschorting of inhouding bekostiging	- 4:56 Awb	Minister van OCW - 164 Wpo - 104 Wvo - 11.1 Web - 15.1 Whw
Correctie wegens onjuiste gegevens	- -	Minister van OCW - 34a lid 2 Besluit bekostiging Wpo - 21 lid 2 Bekostigingsbesluit Wvo
Correctie wegens onjuiste gronden	- -	Minister van OCW - 34a lid 2 Besluit bekostiging Wpo - 21 lid 2 Bekostigingsbesluit Wvo - 2.5.9 lid 2 Web
Verlaging of intrekking bekostiging wegens andere feiten of omstandigheden of wegens onjuiste gegevens	- 4:46 lid 2 sub b Awb - 4:49 lid 1 sub c Awb	- -
Correctie bekostiging wegens niet rechtmatige besteding	- -	Minister van OCW - 34a lid 3 Besluit bekostiging Wpo - 21 lid 3 Bekostigingsbesluit Wvo - 2.5.9 lid 2 Web - 2.9 lid 3 Whw

*BIJLAGE 5.2.3A – OVERZICHT PUBLIEKRECHTELIJKE INTERVENTIE-INSTRUMENTEN IN HET
ONDERWIJS (EXCLUSIEF OPENBAAR ONDERWIJS)*

Correctie bekostiging wegens niet doelmatige besteding	- -	Minister van OCW - 34a lid 3 Besluit bekostiging Wpo - 21 lid 3 Bekostigingsbesluit Wvo - 2.5.9 lid 2 Web - 2.9 lid 3 Whw
Verlaging of intrekking bekostiging wegens niet voldoen aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen	- 4:46 lid 2 sub b Awb - 4:49 lid 1 sub c Awb	- -
Intrekken ‘vergunning’	- -	Minister van OCW - 164b Wpo (beëindiging recht op bekostiging of opheffing onderwijsinstelling) - 109a Wvo (beëindiging recht op bekostiging of opheffing onderwijsinstelling) - 6.1.5b Web (ontneming recht op examinering) - 6.1.4 Web (ontneming rechten opleiding; incl. verlies bekostiging) - 5a.9 en 5a.12 Whw (verlies accreditatie opleiding) - 5a.12b Whw (intrekken accreditatie) - 6.5 Whw (ontneming diplomarechten) - 5a.13e Whw (verlies instellingstoets kwaliteitszorg)
Bestraffende sanctie		
Bestuurlijke boete	- -	- -
Boete natuurlijke personen	- -	- 27 Leerplichtwet
Strafrecht (artikel 51 Wetboek van strafrecht)		

BIJLAGE 5.2.3B – OVERZICHT

PUBLIEKRECHTELIJKE INSTRUMENTEN PER

SECTOR EN INCLUSIEF OPENBAAR

ONDERWIJS

Publiekrechtelijke interventie-instrumenten		
Wpo en Wvo		
Generieke instrumenten minister van OCW		
Controleprotocol	171 lid 4 Wpo / 103 lid 4 Wvo	2005 (Stb. 2004, 354)
Informatie over bekostiging	172 Wpo / 103a Wvo	PO: 2005 (Stb. 2004, 354; eerder inlichtingenplicht bevoegd gezag) VO: 1997 (Stb. 1997, 316)
Beleidsinhoudelijke informatie	173 Wpo / 103a1 Wvo	PO: 2005 (Stb. 2004, 354) VO: 1997 (Stb. 1997, 316)
Maatregel	164a Wpo / 104a Wvo	2002 (Stb. 2002, 387)
Aanwijzing	163b Wpo / 103g Wvo	2010 (Stb. 2010, 80)
Opschorting (deel) bekostiging	164 Wpo / 104 Wvo	2010 (Stb. 2010, 80)
Inhouding (deel) bekostiging	164 Wpo / 104 Wvo	1985 (Stb. 1981, 468)
Subsidie lager vaststellen, wijzigen, (gedeeltelijk) intrekken of terugverdienen	Awb	2001 (Stb. 2001, 207)
Beëindiging bekostiging/opheffing school	164b Wpo / 109a Wvo	2010 (Stb. 2010, 80)
Generieke maatregelen gemeente		
Overleg onderwijsachterstandenbeleid	167 Wpo / 118a Wvo	2006 (Stb. 2006, 340)
Bestrijding en informatie voortijdig schoolverlaten	118h Wvo en 118i Wvo	2001 (Stb. 2001, 636)
Maatregelen gemeente openbaar onderwijs		
Openbaarheid bestuursvergadering	48 lid 9 Wpo / 42b lid 9 Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Verslag wezenskenmerken openbaar onderwijs	48 lid 8 Wpo / 42b lid 8 Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Goedkeuringsrecht begroting	48 lid 6 sub d Wpo / 42b lid 6 sub d Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)

Instemmingsrecht jaarrekening	48 lid 6 sub d Wpo / 42b lid 6 sub d Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Instemmingsrecht statuten	48 lid 7 Wpo / 42b lid 7 Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Benoemings- en ontslagrecht intern toezichthouders	48 lid 6 Wpo / 42b lid 6 Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Zelf voorzien in bestuur scholen bij ernstige taakverwaarlozing door bestuur of functioneren in strijd met de wet	48 lid 11 Wpo / 42b lid 11 Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Ontbinden stichting bij ernstige taakverwaarlozing door bestuur of functioneren in strijd met de wet	48 lid 11 Wpo / 42b lid 11 Wvo	1997 (Stb. 1996, 580)
Web		
Controleprotocol	2.5.7a Web	2004 (Stb. 2004, 177)
Beleidsinhoudelijke informatie	2.5.5 Web	1996 (Stb. 1995, 501) Rb Breda 8 maart 2006, LJN: AV4709 ABRvS 14 februari 2007, LJN: AZ8496
Financieel onderzoek vanwege minister	2.5.6 Web	1996 (Stb. 1995, 501) en 2012 (Stb. 2012, 118) Rb Breda 8 maart 2006, LJN: AV4709 ABRvS 14 februari 2007, LJN: AZ8496
Waarschuwing	6.1.5 Web	2008 (Stb. 2008, 267)
Maatregel	6.1.5a Web	2002 (Stb. 2002, 387) en Kamerstukken II 2001/02, 27783, nr. 19.
Aanwijzing	9.1.4a Web	2014 (Stb. 2013, 558)
Correctie rijksbijdrage door minister	2.5.9 Web	1996 (Stb. 1995, 501) Rb Zutphen 7 januari 1999, LJN: AA3739 Rb Breda 8 maart 2006, LJN: AV4709 ABRvS 14 februari 2007, LJN: AZ8496 ABRvS 21 mei 2008, LJN: BD21238 ABRvS 26 augustus 2009, LJN: BJ6097
Opschorting (deel) bekostiging	11.1 web	1996 (Stb. 1995, 501)
Inhouding (deel) bekostiging	11.1 Web	1996 (Stb. 1995, 501)
Subsidie lager vaststellen, wijzigen, (gedeeltelijk) intrekken of terugvorderen	Awb	2001 (Stb. 2001, 207)

Ontneming recht examinering	6.1.5b Web	2004 (Stb. 2004, 138) en 2008 (Stb. 2008, 267)
Ontneming rechten opleiding	6.1.4 Web	2008 (Stb. 2008, 267)
Whw		
Controleprotocol	2.10a Whw	2004 (Stb. 2004, 177)
Verlies accreditatie opleiding	5a.9 en 5a.12 Whw	2002 (Stb. 2002, 302)
Intrekken accreditatie	5a.12b Whw	2002 (Stb. 2002, 302)
Ontneming diplomarechten opleiding	6.5 Whw	
Verlies instellingstoets kwaliteitszorg	5a.13e Whw	2011 (Stb. 2010, 293)
Informatieplicht en doelmatigheidscontrole ministeriële accountant	2.10 Whw	1993 (Stb. 1992, 593)
Correctie rijksbijdrage door minister	2.9 lid 4 Whw	1993 (Stb. 1992, 593)
Opschorting (deel) bekostiging	15.1 Whw	1993 (Stb. 1992, 593)
Inhouding (deel) bekostiging	15.1 Whw	1993 (Stb. 1992, 593)
Subsidie lager vaststellen, wijzigen, (gedeeltelijk) intrekken of terugvorderen	Awb	2001 (Stb. 2001, 207)
Aanwijzing	9.9a Whw, 9.51 lid 2, 6 ^e volzin Whw, 10.3 ^e Whw	2014 (Stb. 2013, 558)
Maatregelen minister openbaar onderwijs		
Ontslagrecht leden raad van toezicht	9.7 lid 2 Whw	1993 (Stb. 1992, 593) en 1997 (Stb. 1997, 117)
Verantwoordings- en inlichtingenplicht raad van toezicht aan minister	9.9 Whw	1993 (Stb. 1992, 593) en 1997 (Stb. 1997, 117)

ENGLISH SUMMARY

Title:

Managing directors (*bestuurders*) in education

Subtitle:

The legal position of members of the management board in five educational sectors

Research questions¹

In The Netherlands, as a result of the freedom of education as set out in article 23 of the Dutch Constitution, both public legal entities (*publiekrechtelijke rechtspersonen*) and private legal persons (*privaatrechtelijke rechtspersonen*) may set up schools or educational institutions. Public funding can be obtained by both public and private legal persons, provided they meet the applicable legal requirements. The members of the management boards (or ‘**directors**’) of these educational entities are charged with day-to-day management. The management tasks of those directors, the interests they are obliged to take into account and the governance principles they have to adhere to are not always clear.

The objective of this thesis is to provide insight in the legal position of directors of complex educational entities. The main question in this thesis is the following: what is the legal position of a professional director of a complex educational entity? For the purpose of this thesis, (i) professional directors are defined as members of the management board of a complex educational entity and (ii) a complex educational entity is defined as a public or private legal person that employs 100 employees or more or has an annual – mainly publicly funded - turnover of € 10 million or more. An educational entity may manage one or more educational institutions (schools).

The main question of this thesis can be divided into the following three sub-questions.

1. Has the legal position of a professional director significantly changed over the past 30 years and what does this development mean?
2. How is the legal position of a professional director regulated and are those rules consistent and consistently applied?
3. Which limits on autonomy does a professional director face?

¹ The English definitions and translations are derived from Dutch Civil Law, the Dutch corporate governance code 2016, Juridisch-Economisch Lexicon Online, version May 2015, www.kluwer.nl and the English website of the Dutch Ministry of Education, Culture and Science.

This thesis looks at five educational sectors: primary education, secondary education, secondary vocational education, higher professional education and university education. Each sector has its own specific regulation: the Act on Primary Education ('**Wpo**'), the Act on Secondary Education ('**Wvo**'), the Act on Vocational Education ('**Web**') and the Act on Higher Education ('**Whw**'). In The Netherlands, most public and private educational institutions are governed and controlled by private foundations (*stichtingen*) or private associations (*verenigingen*). However, some institutions, in particular public universities, are (still) public legal persons. The legal position of the directors of educational entities is not only influenced by the specific legal requirements of the applicable educational act, but also by its various private and public legal relationships. Directors are members of the management board and, most of the times also, employees of their educational entity. Directors represent their educational entity, among others in contracts with government, regulators, students/parents and partners.

Thematically structured chapters

The different chapters of this thesis are thematically structured. This structure allows for a discussion on the various limits on the autonomy of the directors and the different legal relationships.

After the introduction in chapter 1, chapter 2 focuses on the historic development of educational entities and the legal position of their boards in The Netherlands until 1985. This second chapter provides information on the history of the freedom of education in The Netherlands. It shows that educational entities became more complex and that management and educational leadership became more important over time. In the 19th century, many primary schools were run by teachers as independent entrepreneurs while universities and schools for the social and political elite were publicly governed. In 1985, a distinction could be made between educational management on the one hand and management boards with a focus on internal supervision on the other hand.

This historical development was not only influenced by general political, economic and social developments. Opinions on the relationship between government, semi-public entities and private legal persons thoroughly influenced the legal position of directors over time. This is shown in chapter 3 of this thesis. Starting in the mid-eighties and continuing in the nineties of the 20th century, the Dutch government and parliament focused on privatization of public educational entities and deregulation. This process led to more complex educational entities, professional management boards and the introduction of supervisory boards. Today, more than 99% of all publicly funded educational entities in The Netherlands are private legal persons. Most of these educational entities have a two tier structure, i.e. a management board and a supervisory board. Chapter 3 describes the various management

definitions used in the aforementioned Dutch Educational Acts, the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*) and the Dutch General Administrative Law Act (*Algemene wet bestuursrecht*). I reviewed the use of certain definitions in Dutch educational laws such as competent authority (*bevoegd gezag*), management board (*bestuur*), management (*besturen*) and administration (*beheer*). I concluded that a revision of these definitions and their use within the legal framework is necessary. Objective of such revision should be improving the accessibility of Dutch educational laws and, thus, improving legal certainty.

One of the objectives of privatization and deregulation was to provide educational entities with more autonomy. In exchange, the accountability of educational entities and their directors became more important. During the last 30 years, the Dutch government introduced multiple duties of care (*zorgplichten*) for educational entities and their directors in The Netherlands. Duties of care are described as open formulated legal obligations for educational entities with respect to certain behavioral alternatives. Chapter 4 describes and analyses the development of the use of duties of care in The Netherlands. In it, I show that, since 1985, the use of duties of care has increased while each duty of care became more specific. Fulfilling each duty of care is a legal requirement for public funding. The central duty of care is 'good education'. This duty of care can be differentiated in more specific duties, such as good governance (*goedbestuur*), separate management and supervisory functions (*scheiding bestuur en intern toezicht*), organization (*interne bestuursorganisatie*), professional management (*professionaliteit van het bestuur*), professional financial management (*goed [financieel] beheer*), participation by students, parents and employees (*medezeggenschap*) and professionalism (*professionele ruimte docenten*). A lot of those duties of care focus on the management conditions perceived essential by the Dutch government and regulators for providing good education. The increase in the number and specificity of these legal duties of care and the focus on management conditions affect the legal position of directors, both directly and indirectly. Directly because it sets out the tasks and obligations of management boards and thus of their members, the directors. Indirectly because breaching a duty of care may result in administrative sanctions for the educational entity.

Chapter 5 describes and analyzes the public supervision on educational entities and their directors. This public supervision is mainly conducted by the Dutch Inspectorate of Education (*Inspectie van het Onderwijs*) and the Netherlands-Flemish Accreditation Organization (NVAO). The Act on the Inspectorate of Education ('**Wot**') forms the legal basis for supervision by the Inspectorate of Education. The legal basis for the NVAO can be found in the Whw. Both the Wot and the Whw became effective in 2002. The Inspectorate of Education is responsible for the inspection and review of schools and educational institutions in The Netherlands. The NVAO assesses educational programs for higher and

university education in Flanders and The Netherlands. Publicly funded entities for higher education can offer accredited educational programs when they meet certain quality standards. Both inspectorates are entitled to lay out aspects of quality in guidelines. These guidelines interpret the legal requirements and different duties of care. Not fulfilling a guideline can result in more extensive public supervision. Breaching a legal requirement (including a duty of care) can result in various administrative sanctions; among them, most importantly, the cancellation or amendment of public funding. In the event the Inspectorate of Education determines that professional mismanagement (*bestuurlijk wanbeheer*) has occurred, the Dutch Minister of Education, Culture and Science can issue an administrative direction (*bestuurlijke aanwijzing*). This direction is qualified as an administrative sanction *sui generis* and can order the dismissal of directors.

The legal research in chapter 5 shows that public supervision and the various instruments for administrative sanctions strongly emphasize the accountability of educational entities and their directors. The number of instruments and the use of administrative sanctions has increased exponentially since 2002. This development occurred simultaneously with the choice of the Dutch government and regulators to promote more autonomy and attention to accountability. I conclude that especially the principle of proportionality for any administrative financial sanctions deserves extra protection of /against lawmakers, regulators, inspectorates and judges. Also, in the event of alleged professional mismanagement, the legal status of directors as parties involved needs strengthening.

Public supervision addresses educational entities directly. The results of such supervision can indirectly impact the view on a director's performances and may conflict with the business judgment rule. This business judgement rule presumes that directors carry out their functions in good faith, after sufficient investigation, and for acceptable reasons. Unless this presumption is rebutted, third parties should abstain from second-guessing well-meaning management decisions. The described development of public supervision infringes the management autonomy of directors excessively. Especially in situations of reasonable and legitimate legal uncertainty or social and political pressure, the (financial) risks of potentially not complying with insignificant requirements or complex regulations are unseemly high. In those situations the legal position of both inspectorates is strong. This position is even stronger due to three factors. Firstly, the Inspectorate of Education and the NVAO are obliged to be transparent and publish their reports. This can easily result in naming and shaming. Secondly, they have the task to not only assess if educational entities are legally compliant but also to determine the fulfillment of the applicable guidelines. This increases the risk of hindsight bias; what could have been done better? Thirdly, the Inspectorate of Education and the NVAO are obliged to report any findings of both significant and insignificant unlawful conduct.

The Dutch Civil Code functions as an additional assessment framework. Chapter 6 describes various relevant instruments of private law that limit the management autonomy of directors of educational entities. Attention is paid to statutory limitations and mandatory adoption of limitations in the articles of association. Educational entities and their directors must act in accordance with these limitations [under mandatory law and] to comply with the requirements for public funding. I also analyzed the subject of liability claims directed to the educational entity or to the directors themselves. Special attention is attributed to the civil instrument of the dismissal by the civil court of the director who has acted, or has omitted to act, in a way that is in violation with the law or the articles of association, or who can be held accountable for mismanagement due to improper administration. Such dismissal may be ordered by the court upon the request of any interested party. Chapter 6 shows that the Dutch government and regulators have broadened the scope and have promoted the use of such instruments available under private law. Consequently, the overlap between public and private instruments of sanction increases. Public subsidy requirements further seem to give substance to private standards in all legal relationships. This development not only diminishes the threshold for government and third parties to intervene in the management of educational entities and to impose liability claims. It also increases the risk of piercing the corporate veil of educational entities; and thus the risk of personal (financial) implications for directors when managing the educational entity.

A development described in Chapter 7 is the dependency of educational entities and their directors on social networks. The number of mandatory cooperations is rising. Some of these cooperations are mandated by law, others a necessity for public funding. More often cooperation is expected for social or public reasons and demanded by local stakeholders. The need for cooperation was partly met with the upscale of educational entities in the nineties of the last century, which resulted in more complex educational entities, professional management and a focus on accountability. This century, more attention is paid to the risks of upscaling educational institutions. Educational entities can become ‘too big to fail’ and demand high standards of professional administration and management. This, taking together with a political focus on the freedom of education, has led to legal limitations on mergers between educational entities and institutions and more focus from government, inspectorates and internal supervisory boards on the quality of financial administration and management. This development has resulted in an implicit duty of care for cooperation. Chapter 7 shows that openness to cooperation is expected from directors. The increasing importance of social networks and the various mandatory cooperations can, however, damage the management autonomy of directors. Educational entities have become more dependent on their partners and (local) stakeholders and it affects the balance of interests.

The main focus of chapter 8 is the legal position of individual directors. I analyzed the appointment procedure and the various (considered) mandatory personal competences. Attention is further paid to the Standards for Remuneration Act ('WNT'), which restricts excessive remuneration and severance payments of directors as senior officials of semi-public entities. I also analyzed the process of dismissal of directors. Chapter 8 shows that, since the start of this century, the focus of the Dutch government and regulators has been strongly directed at the legal position of individuals acting as directors as well as employees. The termination of both legal relationships is relatively straightforward. If applicable, the internal supervisory board mostly acts as the employer and the termination of the employment agreement does not need prior external approval. The WNT and the recently amended Dutch labour acts have limited the room for severance and redundancy payments severely. This development has not only led to a further limitation of the autonomy of educational entities. Directors nowadays are more vulnerable personally. This vulnerability can come at the expense of their business judgment rule and may influence the balance of interests.

The legal position of a director is dependent on a highly complex web of regulations, standards and expectations

The director central in this thesis is a professional director of a complex educational entity. He is usually a member of the management board and an employee. Managing is his profession. The legal position of a director and his duties, responsibilities, rights and obligations vary by legal relationship. This thesis shows that the legal position of a director is dependent on a highly complex web of laws and regulations, articles of association and internal regulations, soft law, individual agreements and factual circumstances.

The outcome of this highly complex web is that the legal position of a director of an educational institution is determined by the following four subconclusions:

1. A director is both the face and the head of the educational entity

Directors not only represent their educational entities, but also manage them. A director is held accountable for the functioning of the educational entity and his educational institutions. If these educational entities do not perform properly, if there is financial hardship or if there are concerns on the functioning of the educational entity, this has significant influence on the legal position of an individual director. Nevertheless, directors often lack sufficient autonomy and administrative powers to fulfill the high expectations put upon them. They are dependent on their support among stakeholders and on their social network. It is therefore desirable to distinguish between practical accountability and legal responsibility. Addressing a director is understandable insofar as it follows the fact that they represent their educational institution. They can be held practically accountable as 'spokesperson'.

Regarding their legal responsibilities, the business judgment rule implies that they cannot simply be held personally responsible for every specific act of the educational entity.

2. The task of administration and management is refined and comprehensive

The task of administration and management has become more refined and comprehensive. The last thirty years have been characterized by a gradual increase in standards of accountability. These higher standards not only create more specific duties of care for educational entities, but also a more refined and more comprehensive task of administration and management. More interests are involved and must be balanced. The trend towards more granularity of the various duties of care is accompanied by a demanding social network. The various legal cooperation obligations, the growing importance of internal supervision and the influence of social participation influence the intricacy of the task of directors. The involvement of the Dutch government and regulators with the appointment process, mandatory personal competences and remuneration and the recent restriction of severance and redundancy payments help this process even more. An effect is higher expectations for the directors and an increase of dependency on social, local and political support. This diminishes the management autonomy of the directors.

3. Standards of conduct are emphasized

Making business judgments and balancing interests are key functions of management. The administrative powers of directors are not only limited by private law, the articles of association or legal requirements for public funding. The current process of public supervision, the distinction made between compliance and appreciation and the trend in some educational governance codes to emphasize the importance of soft governance, result in the use of standards of moral behavior when assessing the performance of directors. Core values such as integrity, reliability, responsibility, openness and transparency encompasses normative and ethical elements. These moral standards of behaviour seem to lead to higher expectations of the management performances and competences of directors.

The emphasis on moral standards of behavior manifests the desire for social responsible and personally accountable directors. This thesis shows that some reticence is desirable in the assessment of administration and management performances and in the use of public administrative sanctions and private legal instruments. The interest of an educational organization and the public service they provide, can conflict with other social and public interests. In order to uphold the necessary business judgment rule for a director, which is considered to be in the interest of educational innovation, one needs to be aware of those potential conflicts. It is the exclusive task of directors, as members of the management board and as representative of the educational entities, to balance the interests involved.

4. The legal position of a director is highly dependent on social and political trust

The legal position of a director depends on trust. As administrative and management tasks become more intricate and comprehensive, the focus on required standards of moral conduct is promoted and the regulation of the legal position is highly complex and sometimes inconsistent. As a result, the legal position of directors lacks the necessary legal certainty. Directors must be put in a position where they can indicate and rely on their own management powers, duties and responsibilities. The demand of the various stakeholders and interested parties to be involved in management and policy is nevertheless high. Granting legal administrative powers to others than directors would raise the question whether those additional powers increases the responsibilities of those interested parties and decreases the legal responsibility and liability risks of directors themselves.

This thesis shows that especially in situations of social doubt, public pressure or (alleged) financial problems, the legal position of directors is weakened. The director is in full spotlight and can only rely on trust and communication. The result is a strong dependency on the interpretation of the factual circumstances when assessing the functioning of a professional director; and thus of personal trust. This applies to all private and public legal relationships in which directors, and their educational entities, are involved. The importance of personal trust has an adverse effect on the autonomy necessary for innovative education, the freedom of education and the distinction between public government and privately organized educational entities.

Closing statements

The problems identified in this thesis are answered by analyzing the laws, regulations and standards applicable to the director of an educational entity. I conclude that Dutch education laws are very complex and that the different acts, statutes and regulations lack sufficient cohesion. This does not promote the accessibility of Dutch educational laws and affects their legal certainty. This explicitly requires the attention of the Dutch government, regulators, inspectorates and members of supervisory boards. The risk is managerial helplessness and an overdependence on social support, interested parties and trust. This conflicts with the expected main focus of directors to continuously improve the quality of education.

Autonomy as a principle is valuable. Directors have - on behalf of their educational entity - the right to stress the importance of the principle of educational and management autonomy. That is legitimate, suitable with the history of the Dutch educational system and beneficial for the improvement of the quality of education. An appeal to autonomy is not *a priori* defensive. Autonomy presupposes taking initiative, thinking, making choices and balancing interests. Even if the outcome would be difficult or painful. In the end, a

director must be in a legal position to ensure sustainable value; “*education that is a little bit better every day*”.

The value of the principle of autonomy does not presuppose that legal limits are out of bounds. After all, with management power comes responsibility. Taking this into account, the fact that directors represent their educational entities and that it is their task to manage, should not result in a low or other threshold for personal liability under the Dutch Civil Code. That would adversely affect the Dutch principles on piercing the corporate veil. If a director or the educational entity is not functioning properly, the director of course has principal responsibilities. It is concluded that this current principal responsibility of a director is almost political. This conclusion confirms the personal vulnerability of directors and the significance of support and trust. At the same time it expresses the need for autonomy and substantial distance of interested parties. Good management involves trust and time. But, it also begs initiative of directors, educational entities and national educational associations to define themselves the requirements for good education, good governance and professional management.

LITERATUURLIJST

ACTAL 2010 ACTAL, *Schoolleiders Ontketend*, ACTAL: Den Haag 2010.

Addink 2013 G.H. Addink, *De toetsing van integriteitschendingen getoetst. Een onderzoek naar het bestuurlijk-juridische toetsingskader bij onderzoeken naar integriteitschendingen in de publieke sector* (Staatsrechtconferentie NILG 2013), Amsterdam: Vrije Universiteit 2013.

Adviesregeling honorering toezichthouders mbo 2015 Platform Raden van Toezicht mbo-instellingen, *Adviesregeling honorering toezichthouders mbo 2015*, 2015, te raadplegen via www.mboraad.nl.

Aelen & Biezeveld 2013 M. Aelen en G. Biezeveld, 'Onrustige onafhankelijkheid', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, nr. 4.

Akkermans 1983 P.W.C. Akkermans, *Vrijheid van richting: een interpretatie*, Preadvies Vereniging Onderwijsrecht, Lelystad, 1983.

Algemene Rekenkamer 1998 *Toezicht op de uitvoering van publieke taken*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 31 maart 1998.

Algemene Rekenkamer 2008 *Goed bestuur in uitvoering. De praktijk van onderwijsinstellingen, woningcorporaties, zorgorganisaties en samenwerkingsverbanden*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, september 2008.

Algemene Rekenkamer 2008b *Beroepspraktijkvorming in het mbo*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 3 maart 2008 (*Kamerstukken II* 2007/08, 31368, nr. 2).

Algemene Rekenkamer 2013 *Administratieve lasten van onderwijstijd in het mbo*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 17 januari 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 33513, nr. 1-2).

Algemene Rekenkamer 2013b *Kunnen basisscholen passend onderwijs aan?*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 2 juli 2013.

Algemene Rekenkamer 2014 *Tussentijdse resultaten gebruikersonderzoek kwaliteit onderwijshuisvesting*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 13 november 2014.

Algemene Rekenkamer 2015 *Kwaliteit onderwijshuisvesting in het primair en voortgezet onderwijs*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 27 september 2015.

Van Andel 2010 W.J.M. van Andel, 'Hoe crisisbestendig is art. 2:138/248 lid 2 BW?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2010/1.

AOB 2012 *Concept Wetsvoorstel Vereniging voor Openbaar Onderwijs*, Utrecht: AOb, 2012.

AOB 2015 *De staat van het onderwijstoezicht. Het papierwerk op orde*, Utrecht: AOB, maart 2015.

Aronstein 2011 I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheids- beginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2011/6901, p. 816-827.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

Asser/Maeijer 2-II 1997/484 en 317.

Asser/Maeijer 2-III 2000/293.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II* 2009/426.

Asser/Rensen 2-III* 2012/349.

Asser/Rensen 2-III, Overige rechtspersonen, nrs. 75-80 (2012).

Asser/Rensen, 2012 (2-III*), nrs. 144, 155, 337 en 338.

Asser/Renssen 2-III* 2012/355..

Assink & Olden 2005 B.F. Assink en P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid. De reikwijdte van de maatstaf "ernstig verwijt", vrijtekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005/3, nr. 1.

Assink 2010 B.F. Assink, *De januskop van het ondernemingsrecht*, (oratie Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Autonomie verplicht 2012 Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis, *Autonomie verplicht: Rapport onderzoek financiële problematiek Amarantis*, Den Haag, 3 december 2012.

Ax 1995 J. Ax, 'Onderwijsderegulering en schoolorganisatie', in: A.M.L. van Wieringen (red.), *Autonomievergroting en deregulering in het onderwijs*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 95-113.

Bakels 2014 W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, aanvullende bijlage WWZ bij de 22e druk*, Deventer: Kluwer 2014.

Bakker & Noordman 2010 N. Bakker en J. Noordman (red.), *Vijf eeuwen opvoeden in Nederland. Idee en praktijk 1500 – 2000*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2010.

Balkenende 2011 J.P. Balkenende, *Over governance en maatschappelijke verantwoordelijkheid* (oratie Erasmus Universiteit Rotterdam), Rotterdam: EUR, 26 maart 2011.

Barkhuysen & Claessens 2013 T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Fusies in het primair, speciaal en voortgezet onderwijs: handvatten bij de toepassing van de fusietoets', *School en Wet* 2013, nr. 1, p. 12-19.

Barkhuysen & Claessens 2013b T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Naschrift', *School en Wet* 2013, nr. 2, p. 18-19.

Barkhuysen & Claessens 2013c T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Fusies in alle lagen van het onderwijs: praktische en juridische handvatten bij de toepassing van de fusietoets', *NALL* 2013, april/juni, DOI: 10.5553/NALL/.000011.

Barkhuysen & Claessens 2014 T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Publiekrechtelijke sturing in het onderwijs: interveniëren, afspreken en openbaar maken', in: *Sturing van prestaties in het onderwijs* (Preadviezen NVOR), Den Haag: Sdu 2014, p. 15-92.

Barkhuysen & Claessens 2014b T. Barkhuysen en M. Claessens, *Advies aan CFTO inzake de bevoegdheid van de minister om goedkeuring aan een intersectorale bestuurlijke PO-VO fusie te onthouden*, Stibbe: Amsterdam, 23 oktober 2014.

Barkhuysen & Van Emmerik 2002 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2002, nr. 4, p. 102-116.

Barkhuysen & Van Emmerik 2003 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht', *JBplus* 2003, nr. 1, p. 2-14.

Barkhuysen & Van Emmerik 2010 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 584-587.

Barkhuysen & Van Emmerik 2012 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Mensenrechten: waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig en voortvarend bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 181-194.

Barkhuysen, De Kruif, Den Ouden & Schuurmans 2014 T. Barkhuysen, C. de Kruif, W. den Ouden en Y.E. Schuurmans, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2014.

Barkhuysen, Van Emmerik & Barentsen 2009 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik m.m.v. B. Barentsen, *Advies rechtmatigheid onmiddellijke werking inkomensnormen (semi-)publieke sector in het licht van het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM*, Leiden 2009.

Beek, Van den Heuvel & Van de Kant 2009 S. Beek, P. van den Heuvel en H. van de Kant, *Kwaliteit? Begin met inzicht in kwaliteit. Wat leert onderzoek bij zeer zwakke scholen ons?*, Den Bosch: KPC Groep. 2009.

Van Bakkum 2014 J. van Bakkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2014/7055.

Beltzer & Bennaars 2007 R.M. Beltzer en J.H. Bennaars, 'Het ontslag en de statutair directeur: het Haagse Hof rijdt door rood', *ArbeidsRecht* 2007/58.

Van Bommel 2014 A. van Bommel, *Hogescholen in historisch perspectief*, Den Haag: Vereniging Hogescholen 2014.

Bennaars 2015 J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder. Benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder* (dissertatie Amsterdam UvA), Ouder-Amstel: Eigen beheer 2015.

Bense & Zijlstra 1994 M.M. Bense en S.E. Zijlstra, 'Het begrip bestuursorgaan. Betekenis en strekking van artikel 1.1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 1994, nr. 9, p. 253-270.

Beoordelingskaders NVAO 2014 *Beoordelingskaders accreditatiestelsel hoger onderwijs Nederland*, Den Haag: NVAO, 19 december 2014.

Berenschot 2010 *Primair onderwijs, kinderopvang en peuterspeelzaal. Een onderzoek naar de bestuurlijk juridische vormgeving van samenwerking*, Utrecht: Berenschot, 19 november 2010.

Den Besten 2014 R. den Besten, 'De tijd is rijp voor nieuw visionair overleg', *Binnenlands Bestuur*, 17 april 2014.

Bezoldigingscode Bestuurders Hogescholen 2013 Platform van toezichthouders van hogescholen, *Bezoldigingscode Bestuurders Hogescholen*, maart 2013, te raadplegen via www.vereniginghogescholen.nl.

Bierens 2013 B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3.

De Bijl 2013 P. de Bijl, 'Toezicht: politiek opportunisme versus het veiligstellen van publieke belangen', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, nr. 4, p. 45-51.

Blanco Fernández 2009 J.M. Blanco Fernández, 'Timmerman's grondslagen: reactie op de oratie', *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 5.

Blokdijk & Goodijk 2012 T. Blokdijk en R. Goodijk, *Toezicht binnen onderwijsinstellingen*, Den Haag/Tilburg, Nationaal Register/TiasNimbis 2012.

De Bock 2014 E.S. de Bock, 'De statutair bestuurder onder Werk en Zekerheid', *Arbeids-Recht* 2014/53.

Boekholt & De Booy 1987 P.Th.F.M. Boekholt en E.P. de Booy, *Geschiedenis van de school in Nederland*, Assen/Maastricht: Van Gorcum, 1987.

Boekholt, Crombrugge, Dodde & Tyssens 2002 P.Th.F.M. Boekholt, H. Crombrugge, N.L. Dodde en J. Tyssens (red.), *Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de Staat*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2002.

De Boer, Zoontjens, Michiels & Den Ouden 2014a J.A. de Boer, P.J.J. Zoontjens, F.C.M.A. Michiels en W. den Ouden, *Anders, of toch niet?: Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving*, Den Haag: Ministerie van OCW 2014.

De Boer, Zoontjens, Michiels en Den Ouden 2014b J.A. de Boer, P.J.J. Zoontjens, F.C.M.A. Michiels en W. den Ouden, 'De onderwijswetgeving en de Awb: Een ongemakkelijke relatie die aan vernieuwing toe is'. *NTB* 2014/15.

Bokdam, Bal & De Jonge 2012 J. Bokdam, J. Bal en J. de Jonge, *Evaluatie Wet Medezeggenschap op Scholen*, Research voor Beleid, Zoetermeer, 20 maart 2012.

Van Boom 2008 W.H. van Boom, 'autonomie en paternalisme: afsluitende observaties', in W.H. van Boom, M.L. Tuil en W. Dijkshoorn (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, *Jonge Meesters Erasmus Universiteit Rotterdam*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 251-259.

- Boorsma & Van Holsteijn 2008** A.J. Boorsma en W.G.G.M. van Holsteijn, 'De winst van "Schutte": de lessen van de HBO-fraude voor de onderwijspraktijk', *NTOR* 2008, nr. 4, p. 225-240.
- Borman 1994** T.C. Borman, 'Eerste tranche Algemene wet bestuursrecht', *AA* 1994, nr. 2, p. 95-103.
- Van den Bosch 1996** D.P. van den Bosch, 'Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit', *Regelmaat*, 1996, nr. 2, p. 49-58.
- Van den Bosch 2000** D.P. van den Bosch, 'Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit, 60 projecten en verder', *Regelmaat* 2000, nr. 6, p. 264-278.
- Van den Bosch 2016** D.P. van den Bosch, 'Van meezeggen en tegenspreken – van democratisering naar een lastig gesprek', *Regelmaat* 2016, nr. 1, p. 5-17.
- Te Bos 2005** N.L.P. te Bos, 'De (on)mogelijkheden van de raad van toezicht in het openbaar onderwijs', in: *Educational Governance* (Symposiumbundel NVOR), Sdu, Den Haag 2005, p.77-85.
- Boschma ea 2014** H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector. Het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen nader belicht', *RM Themis* 2014, nr. 4. p. 159-171.
- Branchecode MBO 2014** *Branchecode goed bestuur in het mbo*, Woerden: MBO Raad, 1 augustus 2014.
- Branchecode VO 2015** *Code Goed Onderwijsbestuur*, Utrecht: VO-raad, 4 juni 2015.
- Brekelmans & Huisman 2005** F.H.J.G. Brekelmans en P.W.A. Huisman, 'Goede governance in het onderwijs: een introductie', in: *Educational Governance* (Symposiumbundel NVOR), Den Haag 2005.
- Brekelmans 1996** F.H.J.G. Brekelmans, 'De taakverdeling tussen het bevoegd gezag en de schoolleiding van een privaatrechtelijke onderwijsinstelling', *NTOR* 1996/1, p. 38-46.
- Brekelmans, Huisman & Van der Ven 2005** F.H.J.G. Brekelmans, P.W.A. Huisman en J.M.M. van der Ven (red.), *Educational governance*, (symposiumbundel NVOR), Den Haag: Sdu 2005.
- Brekelmansbundel 2012** W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!*, Utrecht: Aob 2012.
- Van den Brink 2014** J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: *Europees offensief tegen nationale beginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Preadviezen Jonge VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 63-141.
- Ten Broeke ea 2014** M. ten Broeke e.a. (Vakgroep arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht UvA), 'De Wet werk en zekerheid – dertig concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking', *TvAO*, 1 maart 2014, p. 38.

Broekhof ea 2007 K. Broekhof e.a., *Handboek brede school*, Utrecht: Sardes/Oberon, 2007, p. 7-8 en p. 70.

Bronneman 2011 R. Bronneman, *Overheid en onderwijsbestel. Beleidsvorming rond het Nederlandse onderwijsstelsel, 1990 – 2010*, Den Haag: SCP 2011.

Bruikbare rechtsorde 2005 Ministerie van Justitie, *Bruikbare rechtsorde*, Den Haag 2005 (*Kamerstukken II* 2005/06, 27728, nr. 85).

Bruikbare rechtsorde 2007 Project Bruikbare rechtsorde, *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2007.

Brussee 2013 W. Brussee, 'Ontslagvergoeding onderwijsbestuurder aan banden', *School en Wet* 2013, nr. 3, p. 4.

Buddingh 1842 D. Buddingh, *Geschiedenis van opvoeding en onderwijs*, 's-Gravenhage: Van 't Haaff 1842.

Bulten 2013 C.D.J. Bulten, 'De invloed van fundamentele rechten op het rechtspersonen-recht', in: J. Gerards e.a. (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 315-347.

Bulten 2014 C.D.J. Bulten, 'De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2014/94.

Burgers 2012 M.C.T. Burgers, 'Wetsvoorstel WNT werpt haar schaduw vooruit', *ArbeidsRecht* 2012/36.

CAO bestuurders PO 2014 VTOI en Bestuurdersvereniging PO, *CAO bestuurders PO 2014*, Utrecht, 1 september 2014.

CAO bestuurders PO 2015 VTOI en Bestuurdersvereniging PO, *CAO bestuurders PO 2015*, Utrecht, juni 2015.

CAO bestuurders VO 2013 VTOI en Bestuurdersvereniging VO, *CAO bestuurders VO 2013*, Utrecht, 3 december 2013.

Casterman, Sarneel en Voskamp 2012 A.G. Casterman, R. Sarneel en S. Voskamp, 'Het Kind van de vordering', in: M. Laemers (red.), *Geschilbeslechting in het onderwijs*, Den Haag 2012, p. 13-56.

CFTO 2012 *Tussentijdse evaluatie over de fusietoets in het onderwijs*, Den Haag: CFTO, december 2012.

CFTO 2013 *Brief aan Tweede Kamer inzake fusietoets en krimp*, Den Haag: CFTO 31 mei 2013.

CFTO 2015 *Praktijkervaringen 2011 – 2015 van de Commissie Fusietoets Onderwijs en voorstellen voor verbetering*, Den Haag: CFTO maart 2015.

Charbon 2013 P.A. Charbon, 'De WNT en de (overeengekomen) ontslagvergoeding; de eerste bevindingen', *ArbeidsRecht* 2013/28.

Claessens 2013 M. Claessens, 'De bekostiging en subsidiëring van onderwijsinstellingen', *NTOR* 2013/2, p. 133-148.

Claeys 2003 I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid, De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken* (dissertatie. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2003.

Clevers 2015 H. Clevers, *Wetenschappers besturen* (Jaarrede KNAW), Amsterdam: KNAW 18 mei 2015.

Cohen 1981 M.J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs* (dissertatie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Commissie-Dijkstal 2008 Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (Commissie Dijkstal), *Normeren en waarderen*, Den Haag, september 2008.

Commissie-Franssen 2001 Commissie Kwartiermakers Accreditatie Hoger Onderwijs (Commissie Franssen), *Prikkelen, presteren, profileren*, Den Haag, 6 september 2001.

Commissie-Frijns 2008 Monitoring Commissie Corporate Governance Code (Commissie Frijns), *De Nederlandse corporate governance code. Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*, december 2008, te raadplegen via www.mccg.nl.

Commissie-Glasz 1998a Commissie Intern Toezicht Woningcorporaties (Commissie Glasz), *Naar professioneel toezicht*, Aedes: Almere 4 mei 1998.

Commissie-Glasz 1998b Commissie Transparant Toezicht Hogescholen (Commissie Glasz), *De raad van toezicht in het HBO: Transparant, onafhankelijk en deskundig*, HBO-raad 1998.

Commissie Goed Onderwijsbestuur VO 2014 Commissie Goed Onderwijsbestuur VO, *De letter en de geest, Adviezen voor versterking van de bestuurskracht in het voortgezet onderwijs*, Utrecht: VO-raad, september 2014.

Commissie-Holtslag 1998 Commissie Holtslag, *De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund. Een checklist voor een systematische beschrijving en analyse van toezichtsarrangementen*, Den Haag: Ministerie van BZK, 1 juli 1998.

Commissie-Oudeman 2010 Commissie Onderwijs en Besturing BVE (Commissie Oudeman), *Naar meer focus op het mbo*, Den Haag, november 2010.

Commissie Rekenschap 2002 Commissie Rekenschap (Commissie Schutte), *Ruimte voor rekenschap*, Den Haag, december 2002 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2002/03, 28248, nr. 22).

Commissie-Rinnooy Kan 2000 Commissie Rinnooy Kan, *Advies inzake de invoering van een bachelor-master systeem in het Nederlandse hoger onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, juni 2000.

Commissie-Strikwerda 2003 Commissie Strikwerda, *Goed bestuur, goed onderwijs. Uitgangspunten en overwegingen voor toezicht, bestuur en management in het onderwijs*, Voorburg: Besturenraad 2003.

Commissie Vermogensbeheer Onderwijsinstellingen 2009 Commissie Vermogensbeheer Onderwijsinstellingen (Commissie Don), *Financieel beleid van onderwijsinstellingen*, Utrecht, 29 september 2009.

Commissie Vervolgonderzoek Rekenschap 2004 Commissie Vervolgonderzoek Rekenschap, *Eerlijk delen. Onderzoek naar onregelmatigheden in de bekostiging van het hoger onderwijs en het middelbaar beroepsonderwijs*, Den Haag, 5 april 2004.

Coomans 1992 A.P.M. Coomans, *De internationale bescherming van het recht op onderwijs* (dissertatie Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij, 1992.

CPB 2009 D. Webbink, I. Wolf, L. Woessmann, R. van Elk, B. Minne en M. van der Steeg, *Wat is bekend over de effecten van kenmerken van onderwijsstelsels? Een literatuurstudie*, Den Haag: CPB, 2009.

CTW 1989 Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, *Verantwoordelijkheid voor onderwijs*, Den Haag, 13 juli 1989 (bijlage bij *Kamerstukken II* 1990/91, 22195, nr. 1).

Van Dam & Monasch 2014 M. van Dam en J. Monasch, 'We moeten de publieke sector terugveroveren', NRC 10 december 2014.

Daalder 2013 E. Daalder, 'Integriteit als toetsingsnorm voor bestuurlijk handelen', *NTB* 2013/19.

Daalder 2014 E. Daalder, 'Hebben ondernemingen mensenrechten', *Tijdschrift voor Toezicht* 2014, nr. 1, p. 56.

Van Delden 2009 P.J. van Delden, *Samenwerking in de publieke dienstverlening: Ontwikkelingsverloop en resultaten*, Delft/Zutphen: Uitgeverij Eburon, 2009.

Van Delden 2011 P. van Delden, 'Samenwerking in de frontlijn. Een nieuw ijkpunt voor professionalisme', *Tijdschrift voor Management & Organisatie*, 2011, nr. 5, p. 16-28.

Derks, Hovens & Klinkers 2006 W. Derks, P. Hovens en L. Klinkers, *Structurele Bevolkingsdaling: een urgente nieuwe invalshoek voor beleidsmakers*, VROM-raad en VenW-raad, februari 2006.

Van Dijk 2015 J. van Dijk, *Op naar de nieuwe universiteit: voorstellen voor hoogwaardig en democratisch onderwijs en onderzoek (Initiatiefnota)*, Den Haag, oktober 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 34326, nr. 2).

Dijk/Vander Ploeg 2013 Dijk/Vander Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013.

Dijkgraaf ea 2010 E. Dijkgraaf e.a., *Onderzoek naar de relatie tussen financiële prikkels en schaalgrootte in het onderwijs*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, 15 april 2010.

Dijkstra & Janssens 2012 A.B. Dijkstra en F.J.G. Janssens, 'Kwaliteitsbepaling in het onderwijs', in: A.B. Dijkstra en F.J.G. Janssens, *Om de kwaliteit. Kwaliteitsbepaling en kwaliteitsbevordering*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2012, p. 7-24.

Dodde 2001 N.L. Dodde, *Een speurtocht naar samenhang: het rijksschooltoezicht van 1801-2001*, Den Haag: Sdu 2001.

Doets 2014 A. Doets, 'Toezichthouders hebben te veel macht gekregen', *Financieel Dagblad*, 25 oktober 2014.

Donner 1978 J. Donner, *De vrijheid van het bijzonder wetenschappelijk onderwijs*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978.

- Doorenbos 2013** D. Doorenbos, 'Kan een toezichhouder u verplichten een verhoor te ondergaan', in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme, red., Christels Koers. *Liber amicorum prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol (Serie Onderneming en recht Deel 79)*, Kluwer: Deventer 2013, p. 219-238.
- Douma & Van Ede 2010** K. Douma en S. Van Ede (red.), *Handboek Krimp en Onderwijs. Vijf case studies*, Maastricht: NEIMED, september 2010.
- Dubelaar 1991** J.M.V. Dubelaar, 'De verhouding bestuur-schoolleiding en het rechtspersonenrecht', *School en Wet* 1991, nr. 2, p. 18-22.
- Duk 2014** R.A.A. Duk, 'Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat', *TRA* 2014/26.
- Dworkin 1971** G. Dworkin, 'Paternalism', in: Richard A. Wasserstrom (ed.), *Morality and the Law*, Boston, Massachusetts: Wadsworth Publishing Company 1971.
- Ecorys 2011** Ecorys, *Regeldruk voor ocw-instellingen 2004–2010*, Rotterdam: Ecorys, 2011, p. 11.
- Een lastig gesprek 2013** Advies Commissie Behoorlijk Bestuur (Commissie-Halsema), *Een lastig gesprek*, Den Haag: Ministerie van OCW, september 2013.
- Van Eeten e.a. 2012** M. van Eeten (e.a.), 'Waarom burgers risico's accepteren en waarom politici dat niet zien', p. 95-132 in: *Nieuwe perspectieven bij het omgaan met risico's en verantwoordelijkheden*, Den Haag: Ministerie van BZK, 6 december 2012.
- Eijlander, Rietveld & Zoontjens 2001** Ph. Eijlander, J.J.W.M. Rietveld en P.J.J. Zoontjens, *Modernisering onderwijsregelgeving. Een studie naar mogelijkheden voor verdergaande deregulering het funderend onderwijs*, Tilburg, oktober 2001.
- Eimers, Jager & Keppels 2014** T. Eimers, A. Jager en E. Keppels, *Toezicht op naleving. Evaluatie wijziging Leerplichtwet 1969*, Nijmegen: Kenniscentrum Beroepsonderwijs Arbeidsmarkt, 13 november 2014.
- Van Ek & Kok 2014** R. van Ek en S. Kok, The impact of a comprehensive school reform policy for failing schools on educational achievement; Results of the first four years, Den Haag: CPB, 30 januari 2014, p. 26-27.
- Van Elderen 2002** J.J.M. van Elderen, 'De raad van toezicht in het funderend onderwijs', *School en Wet* 2002, nr. 7 p. 253-259.
- Van den Ende 1846** A.J. van den Ende, *Geschiedkundige schets van Neêrlands schoolwetgeving: met aantekeningen en bijlagen*, Deventer: De Lange, 1846.
- Engelen 2015** E. Engelen, 'Het Maagdenhuis markeert het einde van de verstikkende managementcultuur', *De Groene Amsterdammer*, 11 maart 2015.
- Ernes en Lamers 2012** A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012/26.
- Esch & Laemers 1990** W. van Esch en M. Laemers, *De onderwijsinspectie en de wet: een onderzoek naar toepassing en interpretatie van wettelijke regelingen door de onderwijsinspectie*, Nijmegen: ITS1990.

Evers 2014 G.J.M. Evers, 'Is er behoefte aan bestendige wetgeving?', *RegelMaat* 2014, nr. 5, p. 264-277.

Funnekotter 2013 B. Funnekotter, 'De harde hand, maar met mate. Interview met Bussemaker en Dekker', *NRC*, 20 april 2013.

Galenkamp 2011 M. Galenkamp, 'Misbruik van recht volgens Scholten, Eggens en Meijers', in: Hildebrandt e.a., red., *Liber amoricum Foque*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 35-48.

De Geer 1869 B.J.L. de Geer, 'Regeling van het hooger onderwijs in Nederland in 1814', in: B.J.L. de Geer en M. Boneval van Faure (red.), *Nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving*, Amsterdam: Johannes Muller 1869.

Van Ginneken & Timmerman 2011 M.J. van Ginneken & L. Timmerman, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel', *Ondernemingsrecht* 2011/123.

Glenn & De Groof 2005 C.L. Glenn & J. de Groof, *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education, Volume 1*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Goodijk 2011 R. Goodijk, *Toezicht in semipublieke organisaties. Leren we van de misstanden? (oratie)*, Tilburg University: Tilburg 2011.

Görlitz 1849 P.K. Görlitz, *Geschiedkundig overzicht van het lager onderwijs in Nederland*, Leiden: Spin/D. Du Mortier en Zoon, 1849.

Ter Gouw 1862 J.A. ter Gouw, *Beknopt historisch overzicht van onze nationale schoolwetgeving*, Amsterdam: C.L. Brinkman 1862.

De Graaf 2000 J.H. de Graaf, *Leerplicht en recht op onderwijs. Een onderzoek naar de legitimatie van de leerplicht- en aanverwante onderwijswetgeving* (dissertatie Universiteit Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

Grapperhaus 2012 F.B.J. Grapperhaus, 'Over het ingrijpen in beloningen', *TRA* 2012/13, par. 3.

Grapperhaus 2014 F.B.J. Grapperhaus, 'De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel', *TRA* 2014/22.

Van der Grinten 1943 W.C.L. van der Grinten, 'De doeleinden der stichting (vervolg)', *WPNR* 1943/3845.

Van der Grinten 1991 W.C.L. van der Grinten, *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Deventer, 1991.

Van der Grinten 2004 W.C.L. Van der Grinten, 'Handelen te goeder trouw', in: Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis, opgenomen in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 57-70.

Groen 1983 M. Groen, *Het wetenschappelijk onderwijs in Nederland van 1815 tot 1980: een onderwijskundig overzicht, deel 1 – wetgeving (EUT Report 83-WM-001)*, Eindhoven: Eindhoven University of Technology 1983.

Groeneveld-Louwerse 2004 J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke of private beleidsvrijheid. De positie van besturen van verenigingen en stichtingen in het kader van de subsidieverstrek-*

king of toelating (in het bijzonder van woningcorporaties) (dissertatie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.

De Groot & Stein 2002 H. de Groot en P.A. Stein, *Grondtrekken van het handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Van der Ham 2008a R.J. van der Ham, 'De benoeming en het ontslag van de stichtingsbestuurder (1)', *ArbeidsRecht* 2008/47.

Van der Ham 2008b R.J. van der Ham, 'De benoeming en het ontslag van de stichtingsbestuurder (2)', *ArbeidsRecht* 2008/50.

Van der Ham 2010 R.J. van der Ham, 'Het ontslag van de statutair bestuurder', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010, special juni 2010, p. 35-39.

Happé 2011 R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet. Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving* (afscheidsrede Tilburg), Tilburg: Universiteit van Tilburg 2011.

Hargreaves 2010 A. Hargreaves en D. Fink, 'Driemaal Andy Hargreaves: opstellen over onderwijs, leiderschap en duurzaamheid', *Meso Focus* 2010, nr. 76, p. 61-62.

Hartkamp 2011 A.S. Hartkamp, 'De algemene beginselen van het Unierecht en het privaatrecht', *WPNR* 2011/6901, p. 780-789.

Hartlief 2014 T. Hartlief, 'Privaatrecht in nood – Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht', in: *Rampen, crises en recht* (Preadviezen NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-194.

Health Care Governance 1999 Commissie Health Care Governance (Commissie-Meurs), *Health Care Governance. Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, Utrecht 1999.

Van der Heijden/Van der Grinten 1992 Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 404.

Helder 2013 E.R. Helder, *De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming* (dissertatie Utrecht), Den Haag: Sdu 2013.

Heldeweg 2001 M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag, *De autonomie van het bestuursrecht*, Maastricht: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 11-55.

Hendrikse 2009 A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009/40.

Hennekens 1994 H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Het onderwijs. Een aanhoudende zorg van Grondwet tot praktijk', *Gemeentestem* 1994, 6986/1.

Den Hertog 2007 J. den Hertog, *Cort van der Linden (1846-1935): Minister-president in oorlogstijd, een politieke biografie*, Amsterdam: Boom 2007.

Van Hees-Zandbergen 2015 M. van Hees-Zandbergen, 'Recente ontwikkelingen in het hoger onderwijsrecht ten aanzien van de rechtspositie van studenten', *NTOR* 2015, nr. 2, p. 112-127.

Hirsch Ballin 1982 E.M.H. Hirsch Ballin, 'De mens in de sociale rechtsstaat', in: G.M. van Veldhoven, en E. M. H. Hirsch Ballin (red.), *Overheidsbemoeienis: Opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 11e lustrum van de Katholieke Hogeschool te Tilburg*, Deventer: Kluwer 1982.

Hirsch Ballin 1988 E. M. H. Hirsch Ballin, 'De andere helft van de wereld, De wederzijdse betekenis van openbaar en bijzonder binnen en buiten het onderwijs', in: W.J.M. Lieshout (red.), *Bestuur en meesterschap, opstellen over samenleving, staat en sturing*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1988.

Hirsch Ballin 2014 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek van het bestuursrecht', *NTB* 2014/34.

HOAK 1986 nota Hoger Onderwijs: Autonomie en Kwaliteit (*Kamerstukken II* 1985/86, 19253, nrs. 1-2).

Van der Hoeven 1974 J. van der Hoeven, 'De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak', *RMTh* 1974, p. 671.

Honingh & Van Genugten 2014 M. E. Honingh en M. van Genugten, *Monitorstudie Goed Onderwijsbestuur in het VO*, Nijmegen: Instituut voor Managementresearch, Radboud Universiteit Nijmegen, 2014.

Hooge 1995 E.H. Hooge, 'Autonomievergroting in het voortgezet onderwijs: ervaringen en resultaten', in: A.L.M. van Wieringen e.a., *Autonomievergroting en deregulering in het onderwijs*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1995, p. 43-58.

Hooge 1998 E.H. Hooge, *Ruimte voor beleid. Autonomievergroting en beleidsuitvoering door basisscholen* (dissertatie Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, 1998.

Hooge 2004 E. Hooge, 'Deugdelijk bestuur van grote betekenis voor het onderwijs', *VBSchrift*, november 2004, p. 5-6.

Hooge 2010 E. Hooge, 'Goed bestuur en maatschappelijk ondernemerschap', in: R. Klarus en F. de Vijlder (red.), *Wat is goed onderwijs?*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010.

Hooge 2013 E.H. Hooge, *Besturing van autonomie. Over de mythe van bestuurbare onderwijsorganisaties* (oratie Universiteit van Tilburg), Tilburg, 21 juni 2013.

Hooge 2014 E. Hooge, 'Samenwerkingsverbanden en Passend Onderwijs vragen om supergovernance', *NTOR* 2014, nr. 4, p. 197-199.

Hooge, Van Dijk & Steen 2001 E.H. Hooge, G. van Dijk en S. Steen, 'Zelfstandig blijven, verbeteren en innoveren door samenwerking: de mogelijkheden van coöperatie in het onderwijs', *NTOR* 2001, nr. 3, p. 123-138.

Van Horssen 2003 A. Van Horssen, 'De macht van financiën, nu ook al over scholen? Eerste wijziging van de Comptabiliteitswet 2001', *School en Wet* 2003, nr. 1, p. 5-7.

- Houdijker 2012** F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechts-systeem*, (dissertatie Universiteit Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.
- Houwen 2014** L.G.H.J. Houwen, Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2014/4.
- Huisman & Noorlander 2009** P.W.A. Huisman en N. Noorlander, 'Toelating, schorsing en verwijdering in het primair en voortgezet onderwijs' in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zootjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Deventer: Kluwer, 2009.
- Huisman & Noorlander 2010** P.W.A. Huisman en C.W. Noorlander, 'Goed onderwijsbestuur: stand van zaken en vooruitblik', *NTOR, Jaarboek Onderwijsrecht 2006-2010*, p. 69-94.
- Huisman & Overes 2014** P.H. Huisman en C.H.C. Overes, *De juridische adressant van de aanwijzingsbevoegdheid in de Web en de Whw*, Den Haag: Ministerie van OCW, 17 januari 2014.
- Huisman & Rogier 2013** P.W.A. Huisman en L.J.J. Rogier, 'Toezicht op verzelfstandigd openbaar onderwijs: instrumenten en vergelijking met andere sectoren', *Gemeentestem* 2013, p. 350-358.
- Huisman & Vermeulen 2007** P.W.A. Huisman en B.P. Vermeulen, 'De juridische positie van de leraar in balans', in: *De docent: onderdaan of autoriteit?* (Preadviezen NVOR), Den Haag: Sdu 2007, p. 11-74.
- Huisman 2001** P.W.A. Huisman, 'Schoolgrenzenbeleid en bijzondere scholen', *School en Wet* 2001, nr. 12, p. 29.
- Huisman 2002** P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool, conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs* (dissertatie Nijmegen), Den Haag: Elsevier 2002.
- Huisman 2011** P.W.A. Huisman, *Onderwijsrecht in meervoud* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- Huisman 2012a** P.W.A. Huisman, 'Verschillen ten aanzien van het gemeentelijk toezicht in one tier of two tier model', bijlage 7, in: Commissie Governance Openbaar Onderwijs (Commissie-Cohen), *Het bijzondere karakter van het openbaar onderwijs gewaardeerd en verankerd* (BOOR), Rotterdam: Gemeente Rotterdam 2012.
- Huisman 2012b** P.W.A. Huisman, 'Over de geregelde en ongeregelde ruimte van de docent; naar een wet op het leraarschap', in: W.T.G. Dresscher e.a., *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!*, Utrecht: AOB 2012.
- Huisman 2012c** P.W.A. Huisman, 'Onderwijs voor driejarigen, een eerste verkenning naar integrale kindcentra', *School en Wet*, 2012, nr. 2, p. 5-10.
- Huisman 2013** P.W.A. Huisman, 'Interventie-instrumenten bij falend onderwijsbestuur', *School en Wet* 2013, nr. 6, p. 5-12.
- Huisman 2014a** P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek onderwijsrecht. Een inleiding op de onderwijswet- en regelgeving in het primair onderwijs*, Den Haag: Sdu uitgevers 2014.

Huisman 2014b P.W.A. Huisman, Kroniek: 'Goed bestuur en governance, de uitwerking van 'Versterking bestuurskracht'', *School en Wet* 2014, nr. 5, p. 13-14.

Huisman 2014c P.W.A. Huisman, 'De intern toezichthouder wordt aansprakelijk. Gaat de berg een muis baren?', *Nieuwsbrief VTOI* 2014/41, p. 6-7.

Huisman 2015 P.W.A. Huisman, 'Na het maagdenhuis: vormgeving van medezeggenschap in het universitair onderwijs', *Ars Aequi* 2015, p. 1020-1024.

Huisman PJ 2012 P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (dissertatie Vrije Universiteit), Den Haag: Boom 2012.

Huizink 2013 J.B. Huizink, 'Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?', *Onderneming & Financiering* 2013, nr. 1 p. 23-32.

Idenburg 1964 Ph. J. Idenburg, *Schets van het Nederlandse schoolwezen*, Groningen: J.B. Wolters, 1964.

Inspectie van het Onderwijs 1982 Inspectie van het Onderwijs, *De Inspectie en de Kwaliteit van het Onderwijs*, Den Haag, 1982.

Inspectie van het Onderwijs 2006 *Accreditatie, de opleiding aan het werk*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, december 2006 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 28879, nr. 17).

Inspectie van het Onderwijs 2009 *Handhavingsbeleid*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 2009.

Inspectie van het Onderwijs 2009b *Aan het werk. Borging van de kwaliteit van de beroepspraktijkvorming mbo door onderwijsinstellingen en kenniscentra*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, juni 2009.

Inspectie van het Onderwijs 2009c *Huisvesting besturen primair onderwijs*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, oktober 2009.

Inspectie van het Onderwijs 2010 *Jaarwerkplan 2011*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs september 2010.

Inspectie van het Onderwijs 2010b *Evaluatie risicogericht toezicht*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 2010.

Inspectie van het Onderwijs 2011 *Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private arrangementen*: Inspectie van het Onderwijs, Den Haag, 1 februari 2011.

Inspectie van het Onderwijs 2012 *Krimpbestendige onderwijskwaliteit; Regio-onderzoek in Zuid-Nederland naar de gevolgen van krimp*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, december 2012.

Inspectie van het Onderwijs 2013a *De kwaliteit van basisscholen en bestuurlijk handelen in het noorden van Nederland. Ontwikkelingen in de periode 2008-2012*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, januari 2013.

Inspectie van het Onderwijs 2013b *Huisvesting in het mbo. Verkennend onderzoek naar de risico's van huisvesting en de financiering daarvan in het mbo*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, mei 2013.

Inspectie van het Onderwijs 2013c *De kwaliteit van het bestuurlijk handelen in het fundamenteel onderwijs*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, april 2013.

Inspectie van het Onderwijs 2013d *Lessen uit het toezicht op ISG Ibn Ghaldoun*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 18 november 2013.

Inspectie van het Onderwijs 2013e *Toezicht op onderwijstijd: werkwijze van de inspectie*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs 2013 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33187 nr. 41) en Stb. 2013, 288 (Wet modernisering bekostiging beroepsonderwijs).

Inspectie van het Onderwijs 2014a Hoofdinspecteur van het Onderwijs, *Hoofdinspecteur Vogelzang over veranderend toezicht*, 5 maart 2014, te raadplegen via www.onderwijsinspectie.nl.

Inspectie van het Onderwijs 2014b *Eisen aan de bpv: Servicedocument*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 20 maart 2014.

Inspectie van het Onderwijs 2015 *Opbrengsten BVE: Notitie over de opbrengsten 2013-2014*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, mei 2015.

Inspectie van het Onderwijs 2015b *Stimulerend en gedifferentieerd toezicht, Pilots 2014/2015*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, juni 2015.

Inspectie van het Onderwijs 2015c *De Staat van het onderwijs; Onderwijsverslag 2013/2014*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 2015.

Inspectie van het Onderwijs 2015d *Zelfevaluatie Toezicht Inspectie van het Onderwijs ROC Leiden 2006-2015*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 28 september 2015.

Jacobs 1995 M.J. Jacobs, 'Instellingen van bijzonder onderwijs: bestuursorganen in de zin van de Awb?', in: T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru en J.W. Sap (red.), *In plaats van de overheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 123-133.

Jak 2012 N. Jak, 'Publiekrechtelijke normering van semi-publieke instellingen; De verticale werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten en het EVRM', *JBplus* 2012, p. 235-250.

Jak 2014 N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (dissertatie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014.

Jansen 2012 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (dissertatie Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jansen 2014 C. Jansen, 'De impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht', *NJB* 2014/1094.

Jansen, Munneke, Van Ommeren & Rutgers 2011a C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren en J.W. Rutgers, 'Zorgplichten in publiek- en privaatrecht', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren en J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Jansen, Munneke, Van Ommeren & Rutgers 2011b C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren en J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Janssens & Noorlander 2010 F.J.G. Janssens en C.W. Noorlander (red.), *Goed onderwijsbestuur. Opstellen over een nieuwe besturingsfilosofie van het onderwijs*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2010.

Janssens 2005 F.J.G. Janssens, *Toezicht in discussie: Over onderwijstoezicht en Educational Governance* (oratie Twente), Twente, 29 september 2005.

Janssens, Rekers-Mombarg & Lacor 2014 F.J.G. Janssens, L. Rekers-Mombarg en E. Lacor, *Eindrapportage Pilot leerwinst en toegevoegde waarde primair onderwijs*, Den Haag, januari 2014 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33157, nr. 59).

Jensma & De Vries 1997 G. Th. Jensma, en H. de Vries, *Veranderingen in het hoger onderwijs in Nederland tussen 1815 en 1940*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1997.

De Jongh 2011 J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011/124.

De Jongh 2014 J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (dissertatie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2014.

De Jongh, Schild & Timmerman 2010 J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijk varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen: naast, in of met recht?* (Handelingen NJV 140), Deventer: Kluwer 2010, p. 193-245.

Jonk 2013 A. Jonk, *Vrijheid en verantwoordelijkheid voor scholen*, Utrecht; Inspectie van het Onderwijs, 23 januari 2013.

Jurgens & Van Ommeren 2009 G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Kaats & Opheij 2012 E. Kaats en W. Opheij, *Leren samenwerken tussen organisaties*, Deventer: Kluwer 2012, p. 422-427.

Kaderstellende visie op toezicht 2005 *Kaderstellende visie op toezicht 2005, Minder last, meer effect*, Den Haag: Ministerie van BZK, 2005.

Kanters 2007 P. Kanters, 'Heeft de medezeggenschapsraad zeggenschap over het salaris van het College van Bestuur?', *School en Wet* 2007, nr. 4, p. 26-28.

Karapetian 2014 A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffman: over hoe het is, hoe het was en hoe het zou moeten zijn', *WPNR* 2014/7052.

Kemp & Schwarz 2013 B. Kemp en K. Schwarz, 'Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting', *Ondernemingsrecht* 2013/120.

- Klaassen 2014** A.G.H. Klaassen, 'Bestuurderstoets voor de zorg (of niet)?', *TvG* 2014, 8, p. 642-655.
- Klankbordgroep IKC 2010** Klankbordgroep integraal kindcentrum, *Op weg naar het integraal kindcentrum Een verkenning*, Utrecht: Sardes, november 2010.
- Klaurs & De Vijlder 2010** R. Klarus en F. de Vijlder (red.), *Wat is goed onderwijs?*, Den Haag: Boom lemma 2010.
- Klifman 1989** H. Klifman, 'Nota 2000 juridisch en bestuurlijk doorgelicht', *School en Wet*, 1989, p. 150-155.
- Klifman 2005** H. Klifman, *Educational Governance. Besturen op hoofdlijnen of raad van toezicht*, Voorburg: Besturenraad 2005.
- De Kluiver 2014** H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Bezinnen en ver- kennen: ondernemingsrecht in de private en semipublieke sector', *NJB* 2014/796, p. 1029-1041.
- De Kluiver 2015** H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Over onderne- mingsrecht in tijden van toezicht', *NJB* 2015/735, p. 993-1005.
- Kneyber & Evers 2013a** R. Kneyber en J. Evers (red.), *Het alternatief. Weg met de afreken- cultuur in het onderwijs*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2013.
- Kneyber & Evers 2013b** R. Kneyber en J. Evers, 'Het alternatief voor beleidsmakers: een cultuur van risico's nemen in een sfeer van vertrouwen', in: R. Kneyber en J. Evers (red.), *Het alternatief. Weg met de afrekencultuur in het onderwijs*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2013, p. 276-284.
- Koch 2006** J. Koch, *Abraham Kuyper: een biografie*, Amsterdam: Boom 2006.
- Koelemeijer 2015** M. Koelemeijer, 'De verantwoordelijke aandeelhouder', *TvOB* 2015, nr. 2, p. 65-71.
- Köndgen 1981** J.B. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen: Mohr Verlag 1981.
- Koopmans 2002** S. Koopmans, *Zonder geschiedenis geen toekomst. Gedenkboek uitgegeven ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan (1997 2002) van het Albeda College te Rotterdam*, Rotterdam: Albeda Collega, 2002.
- Korsten 2007** A.F.A. Korsten (red.), *Bestuurskracht van gemeenten: meten, vergelijken en beoordelen*, Den Haag: Eburon, 2007.
- Kortmann 1987** C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 133-135.
- Kortmann 2013** J.S. Kortmann, 'De bewuste wetsovertreding; geen 'onbehoorlijk bestuur'?', *Ondernemingsrecht* 2013/84.
- Kortmann, Vermeulen & Zoontjens 2000** C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving. Preadviezen VAR*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2000.
- Kossmann 1995** E.H. Kossmann, *Vergankelijkheid en continuïteit. Opstellen over geschie- denis*, Amsterdam: Prometheus Uitgeverij 1995.

- Krijgsman 2011** J. Krijgsman, 'CAO voor bestuurders in het voortgezet onderwijs. Meer verdienen is de norm?', *Schoolmanagement Totaal*, december 2011, p. 18.
- Kroeze 2006** M. Kroeze, 'Bange bestuurders', (oratie EUR), *Ondernemingsrecht* 2006/3.
- Kruit 2014** P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014, nr., 1, p. 52-59.
- KSC 2014** Kleine Scholen Coöperatie, *Onderwijs in een nieuw verbond; Projectplan*, 28 januari 2014.
- Kuhry 1998** B. Kuhry, *Trends in onderwijsdeelname; van analyse tot prognose*, Rijswijk/Den Haag: SCP 1998.
- Kuiper 1958** E. J. Kuiper, *De Hollandse "Schoolordre" van 1625*, Groningen: Wolters 1958.
- Kwikkers 2012** P. Kwikkers, 'Minister als nieuw schoolbestuur', *Scienceguide* 12 december 2012.
- Laemers & Van Schoonhoven 2014** M.T.A.B. Laemers en R. van Schoonhoven, (*Regionale samenwerking tussen onderwijs en (jeugd)zorg. Een overzicht van wettelijke kaders*, Den Haag: Onderwijsraad, 16 april 2014.
- Laemers 1999a** M. Laemers, *Schoolkeuzevrijheid; veranderingen in betekenis en reikwijdte* (dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam), Beek Ubbergen: Tandem Felix 1999.
- Laemers 1999b** M.T.A.B. Laemers, 'Beoordeling van schoolkwaliteit', in: *Metten van schoolkwaliteit of de rol van de inspectie als toezichthouder op de kwaliteit* (Preadviezen NVOR), Delft: Combiwerk 1999.
- Laemers 2000** M. Laemers, 'Onderwijsvrijheid en selectie naar maatschappelijke achtergrond', in: T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht: Lemma 2000, p. 261-280.
- Laemers 2010** M. Laemers, 'Onderwijs onder toezicht', *NTOR Jaarboek Onderwijsrecht 2006-2010*, p. 113-130.
- Laemers 2012** M. Laemers, *Onderwijsrecht in geding. Een pleidooi voor een profijtelijke wisselwerking tussen rechter en wetgever* (oratie VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf 2012.
- Lancee 1910** Th. Lancee, 'Overzicht der geschiedenis van het lager onderwijs in Nederland', in: *Het onderwijs in Nederland*, Groningen: Wolters 1910, 364-411.
- Laseur 2012** S. Laseur, 'Les 6 en les 10', in: VTOI, '10 lessen voor de toekomst', *Nieuwsbrief VTOI*, november 2012.
- Van Leeuwen 1999** B.H.A. van Leeuwen, *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming*, Deventer: Kluwer 1999.
- Lennarts 2011** M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: W.J.M. van Veen, D.F.M.M. Zaman en M.L. Lennarts, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 135-153.

- Leune 1994** J.M.G. Leune, 'Onderwijskwaliteit en de autonomie van scholen', in: B.P.M. Creemers (red.), *Deregulering en de kwaliteit van het onderwijs*, Groningen: Rion, 1994, p. 27-59.
- Leune 2001** J.M.G. Leune, *Onderwijs in verandering, reflectiefs op een dynamische sector*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 2001.
- Lieshout 1988** W.J.M. Lieshout (red.), *Bestuur en meesterschap, opstellen over samenleving, staat en sturing*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1988.
- Limper 2011** R. Limper (VOO), *Standpunt, Vereniging geen geschikte bestuursvorm voor het openbaar onderwijs*, Almere, mei 2011, te raadplegen via www.voo.nl. De noot is ontleend aan Laemers in *JB* 2015/174.
- Lindeboom 2012** W. Lindeboom, 'Cao bestuurders voortgezet onderwijs nog lang niet af', *School en Wet* 2012, nr. 3, p. 11-14.
- Lindeboom 2014** W. Lindeboom, 'Cao's voor bestuurders in het onderwijs. Een update', *School en Wet* 2014, nr. 1, p. 8-9.
- Van der Louw 2011** R.G. van der Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, (diss. Universiteit Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011.
- MBO15 2014** MBO15, *Portfoliobeleid in het mbo*, Ede, februari 2014.
- Meer over management 1985** *Meer over management, Versterking management onderwijsinstellingen*, Den Haag: Minister van Onderwijs en Wetenschappen 1985 (*Kamerstukken II* 1984/85, 19132, nr. 1-2).
- Meijers & Scholten 1914** E.M.M. Meijers en P. Scholten, 'Het recht tegenover de huidige crisis', *WPNR* 1914/2330, p. 389-390.
- Meijers 1948** E.M.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden, Universitaire Pers Leden 1948, p. 1-6.
- Meijnen 2012** W. Meijnen, 'Perspectieven op kwaliteit', in: A.B. Dijkstra en F.J.G. Janssens, *Om de kwaliteit. Kwaliteitsbepaling en kwaliteitsbevordering*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2012, p. 183-202.
- Mein 2015** A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (dissertatie EUR), Rotterdam: Boom Juridische uitgevers 2015.
- Mentink & Vermeulen 2011** D. Mentink en B. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
- Mentink 1989** D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem* (dissertatie Rotterdam), Schoonhoven: Kluwer Onderwijs Uitgaven, 1989.
- Mentink 1991** D. Mentink, 'Openbaar onderwijs en de privaatrechtelijke beheersvorm', *NTOR* 1991, p. 68-81.
- Mentink 1996** D. Mentink, *Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de onderwijsvrijheid. Onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad*, Den Haag 1996.

Mentink 2004 D. Mentink, 'De actualiteit van het onderwijsrecht en de Raad van Toezicht in het voortgezet onderwijs', *School en Wet*, 2004, nr. 9, p. 345-352.

Mentink 2005 D. Mentink, 'Mag een raad van toezicht van de onderwijswetgeving', in: *Educational Governance, (Symposiumbundel NVOR)*, Den Haag: Sdu 2005, p. 35-42.

Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2014 D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Commentaar op artikel 23 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014, te raadplegen via www.nederlandrechtsstaat.nl.

Mertens 1982/1983 F. Mertens, *Proeve Ontwerp van Wet – Wet op de Inspectie van het Onderwijs*, Den Haag, 1982/1983.

Mertens 2001 F. Mertens, 'Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit (Hoak) nota 25 jaar. Reden tot tevredenheid?', *NTOR* 2001, nr. 1, p. 61-66.

Mertens 2002 F.J.H. Mertens, 'De wettelijke formulering van de Inspectietaak: McKinsey en Artikel 5 van de Wet op het Basisonderwijs 1975-1982', in: P. Boekholt e.a. (red.), *Tweehonderd jaar onderwijs en de Zorg van de Staat, Jaarboek voor de geschiedenis van opvoeding en onderwijs 2002* (Belgisch Nederlandse Vereniging voor de Geschiedenis van Opvoeding en Onderwijs), Assen: Koninklijke Van Gorcum. p. 141-162.

Mertens 2011 F. Mertens, *Inspecteren. Toezicht door inspecties*, Den Haag: Sdu, 2011.

Michiels & Noorlander 2013 F.C.M.A. Michiels en C.W. Noorlander, 'Sanctionering in het onderwijs', *NTOR* 2013, nr. 2, p. 100-132.

Michiels 1995 F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, VAR-preadvies, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995.

Michiels en & Muller 2006 F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Mierlo 2004 J.M. van Mierlo, 'Zelfregulering op de consumentenmarkten zorg en onderwijs: een verkenning' *TvCo* 2004/4, p. 125-129.

Minderman 2010 G. Minderman, 'De positie van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap in tijden van goed onderwijsbestuur', in: F.J.G. Janssens en C.W. Noorlander (red.), *Goed onderwijsbestuur. Opstellen over een nieuwe besturingsfilosofie van het onderwijs*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2010, p. 85-110.

Minderman 2012a G. Minderman, *Waar is de raad van toezicht?*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Minderman 2012b Minderman, *Governance in het onderwijs: een nieuwe balans*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Ministerie van BZK 2005 *Minder last, meer effect Zes principes van goed toezicht*, Den Haag: Ministerie van BZK, 12 oktober 2005 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 27831, nr. 15).

Ministerie van BZK 2014 *WNT-jaarrapportage 2013*, Den Haag: Ministerie van BZK, 12 december 2014, p. 14 en 18.

- Ministerie van Justitie 2004** *Ruimte voor zorgplichten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004, p. 6 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/2004, 29279, nr. 14).
- Ministerie van OCW 1981** *Kwaliteit van het Onderwijs. Algemene aspecten van de kwaliteitsbepaling*, Den Haag: Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen 1981.
- Ministerie van OCW 1995** *De school als lerende organisatie; kwaliteitsbeleid op scholen voor primair en voortgezet onderwijs: schoolplan, schoolgids en klachtenregeling*, Zoetermeer: Ministerie van OCW, 14 juli 1995 (*Kamerstukken II* 1994/95, 24248, nr. 2).
- Ministerie van OCW 1999** *Variëteit en waarborg*, Zoetermeer: Ministerie van OCW, 26 mei 1999.
- Ministerie van OCW 1999b** Ministerie van OCW, *Naar een stimulerend toezicht*, Zoetermeer: Ministerie van OCW, 28 januari 1999 (*Kamerstukken II* 1999/20, 26572, nr. 3).
- Ministerie van OCW 2000** *Onderwijs in stelling. Kracht creativiteit voor de kennissamenleving*, Zoetermeer: Ministerie van OCW, november 2000.
- Ministerie van OCW 2001** *Kwaliteit aan de basis, een actieprogramma voor het primair en voortgezet onderwijs*, Zoetermeer: Ministerie van OCW, 5 juli 2001 (*Kamerstukken II* 2000-2001, 27400 VIII, nr. 92).
- Ministerie van OCW 2004a** *Aanvulling op de notitie 'Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs'*, Den Haag: Ministerie van OCW, 27 augustus 2004.
- Ministerie van OCW 2004b** *Notitie Helderheid in de bekostiging van het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie*, Den Haag: Ministerie van OCW, september 2004.
- Ministerie van OCW 2007** *Aanval op de uitval. Perspectief en actie*, Den Haag: Ministerie van OCW 2007.
- Ministerie van OCW 2013** *Helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs*, Den Haag: Ministerie van OCW, 29 augustus 2013.
- Muller 2014** E.R. Muller, 'Crises en recht – Naar een integrale Crisisbeheersingswet?', in: *Rampen, crises en recht* (Preadviezen NJV 144), Deventer: Kluwer 2014, p. 1-64.
- NCOR 2014** Nederlands Centrum voor Onderwijsrecht (NCOR), *Coöperatie van kleine scholen*, Den Haag: Ministerie van OCW, 1 oktober 2014.
- Nederlandse Gedragscode wetenschappelijke integriteit 2014** VSNU, *Nederlandse Gedragscode wetenschappelijke integriteit*, Den Haag, 2014.
- Nellen 2007** H. Nellen, *Hugo de Groot. Een leven in strijd om de vrede 1583-1645*, Amsterdam: Balans Uitgeverij 2007.
- Niessen 2013** N. Niessen, 'Juridische uitdagingen voor krimpbestendig onderwijs', in: *Krimp in het onderwijs* (Preadviezen NVOR), Den Haag: Sdu Uitgevers, 2013.
- Nieuwenhuis 2005** A.J. Nieuwenhuis, 'Van proportionaliteit en appreciatiemarge: de noodzakelijkheidstoets in de jurisprudentie van het EHRM', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 37-60.

Nijkamp 2013 H. Nijkamp, 'Passend onderwijs: en nu de bestuurlijke hobbels nog!', *School en Wet*, 2013, nr. 2, p. 5-9.

Nolen & Laseur 2012 M.F. Nolen en S. Laseur, 'Bestuurlijke netwerken in het onderwijs: gevolgen voor de autonomie van bestuurders?', in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker! Opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht aangeboden aan Frans Brekelmans*, Utrecht: Algemene Onderwijsbond, september 2012, p. 209-228.

Nolen 2010 M.F. Nolen, 'Bestuurlijke netwerken in en om het onderwijs: een eerste verkenning van samenwerkingsverplichtingen en de centrale dienst', *School en Wet*, 2010, nr. 4, p. 5-13.

Nolen 2013a M.F. Nolen, 'Goed bestuur in het onderwijs; legitimiteit bestuurlijke autonomie ter discussie', *NTOR* 2013, nr. 1, p. 20-43.

Nolen 2013b M.F. Nolen, 'De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren', *TAO* 2013, nr. 2, p. 63-72.

Nolen 2014 M.F. Nolen, 'Privaatrechtelijke sturing in het onderwijs: bijzonder onderwijsrecht in nood?', in: *Sturing van prestaties in het onderwijs: afspreken, interveniëren en openbaar maken* (preadviezen NVOR), Den Haag: Sdu 2014, p. 93-167.

Nolen 2015 M.F. Nolen, *Inbreng ronde tafelbijeenkomst Tweede Kamer Commissie OCW*, Den Haag, 1 oktober 2015, te raadplegen via www.vandoorne.nl.

Noorlander & Paijmans 2013 C.W. Noorlander en B.M. Paijmans, 'Educational malpractice' als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlands aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2011, p. 233-245.

Noorlander 2005 C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en het voortgezet onderwijs*, (dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.

Noorlander 2011 C.W. Noorlander, 'Tussen centralisatie en decentralisatie in het onderwijs', *NTOR* 2011, nr. 3, p. 195-219.

Noorlander en Zoontjens 2011 C.W. Noorlander en P.J.J. Zoontjens, 'Bekostiging van scholen binnen het regulier primair en voortgezet onderwijs', *School en Wet* 2011, p. 5-12.

Van Noort 1991 A.F.M. van Noort, 'Autonomievergroting en de taakverdeling tussen het bevoegd gezag en de schoolleiding', *NTOR* 1991/1, p. 4-28.

Nota Governance 2005 *Nota Governance in het onderwijs*, Den Haag: Ministerie van OCW, 7 juli 2005 (*Kamerstukken II* 2004/05, 30183, nr. 1).

Nota STC 1983 *Nota Schaalvergroting, taakverdeling en concentratie in het hoger beroepsonderwijs*, Den Haag: Ministerie van OCW 1983 (*Kamerstukken II* 1982/83, 18049, nr. 1).

NVAO & Inspectie van het Onderwijs 2014 NVAO en Inspectie van het Onderwijs, *Samenwerkingsprotocol NVAO en Inspectie van het Onderwijs*, Den Haag/Utrecht, 20 en 27 februari 2014.

- NVAO 2015a** *Handreiking opleidingsbeoordeling Nederland*, Den Haag: NVAO, 19 februari 2015.
- NVAO 2015b** *Basisgegevens opleidingsbeoordelingen: Indicatoren en definities*, Den Haag: NVAO, 19 februari 2015.
- Oberon 2010** *Scholen bouwen en beheren. Mogelijkheden voor kwaliteitsverbetering onderwijshuisvesting*, Utrecht: Oberon, november 2010.
- Oberon 2011** *Onderwijshuisvesting in het voortgezet onderwijs*, Utrecht: Oberon, maart 2011.
- OESO 2011** OECD, *Lessons from PISA for the United States, Strong Performers and Successful Reformers in Education*, OECD Publishing 2011, te raadplegen via <http://dx.doi.org/10.1787/9789264096660-en>.
- Olaerts 2015** M. Olaerts, 'De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging', *TvOB* 2015, nr. 2, p. 51-64.
- Onderwijs in stelling 2000** *Onderwijs in stelling. Kracht creativiteit voor de kennissamenleving*, Zoetermeer: Ministerie van OCW, oktober 2000.
- Onderwijscoöperatie 2012** *Onderwijscoöperatie, Het voorstel bekwaamheidseisen. Gereguleerd naar drie sets (primair onderwijs, voortgezet onderwijs/beroeps- en volwasseneneducatie, voortgezet hoger onderwijs)*, Utrecht, april 2012.
- Onderwijscoöperatie 2014** *Onderwijscoöperatie, Herijking Het nieuwe voorstel bekwaamheidseisen*, Den Haag, juni 2014.
- Onderwijsraad 1985** *Advies Concept-beleidsnota "Meer over management"*, Den Haag: Onderwijsraad, 20 mei 1985.
- Onderwijsraad 1987a** *Advies Hoofddijnennotitie SVM*, Den Haag: Onderwijsraad, 13 februari 1987.
- Onderwijsraad 1987b** *Advies SVM-wetsvoorstel*, Den Haag: Onderwijsraad, 11 november 1987.
- Onderwijsraad 1993** *Advies Initiatief-wetsvoorstel verruiming bestuursvormen openbaar onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, 3 september 1993.
- Onderwijsraad 1994** *Advies Wijziging WBO, ISOVSO en WVO inzake de bestuursvorm van het openbaar onderwijs en van samenwerkingsscholen*, Den Haag: Onderwijsraad, 11 februari 1994.
- Onderwijsraad 1995** *Advies Wetvoorstel gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid*, Den Haag: Onderwijsraad, 18 december 1995.
- Onderwijsraad 1996** *Advies Invoering schoolplan, schoolgids en klachtrecht*, Den Haag: Onderwijsraad, 7 augustus 1996.
- Onderwijsraad 1996b** *Richtingvrij en richtingbepalend*, Den Haag: Onderwijsraad 1996.
- Onderwijsraad 1999** *Deugdelijk toezicht. Advies over de nota Variëteit en Waarborg*, Den Haag: Onderwijsraad, 22 oktober 1999.

Onderwijsraad 2000 *Voorstel van wet op het onderwijstoezicht*, Den Haag: Onderwijsraad, 20 december 2000.

Onderwijsraad 2001 *Advies over het wetsvoorstel Accreditatie in het hoger onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, 29 mei 2001, p. 3.

Onderwijsraad 2002 *Vaste grond onder de voeten*, Den Haag: Onderwijsraad, 2002.

Onderwijsraad 2003 *Vaste grond onder de voeten: Verkenning*, Den Haag: Onderwijsraad 2003.

Onderwijsraad 2004a *Bureaucratisering in het onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, 26 april 2004.

Onderwijsraad 2004b *Degelijk onderwijsbestuur*, Den Haag: Onderwijsraad, 6 december 2004.

Onderwijsraad 2005 *Bakens voor spreiding en integratie*, Den Haag: Onderwijsraad, 18 mei 2005.

Onderwijsraad 2005b *Advies Bekwaamheidseisen onderwijspersoneel*, Den Haag: Onderwijsraad, 7 januari 2005.

Onderwijsraad 2006a *Doortastend onderwijstoezicht*, Den Haag: Onderwijsraad, februari 2006.

Onderwijsraad 2006b *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen*, Den Haag: Onderwijsraad, oktober 2006.

Onderwijsraad 2006c *Een vlechtwerk van opvang en onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, 27 februari 2006.

Onderwijsraad 2006d *Wetsvoorstel planningsvrijheid vo*, Den Haag: Onderwijsraad, 30 november 2006.

Onderwijsraad 2008 *Onderwijs en maatschappelijke verwachtingen*, Den Haag: Onderwijsraad, december 2008.

Onderwijsraad 2009 *Advies Minimum leerresultaten, interventie en intern toezicht. Kanttekeningen bij het wetsvoorstel*, Den Haag: Onderwijsraad, april 2009.

Onderwijsraad 2009b *Vernieuwd toezicht. Commentaar bij de voorgenomen wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht*, Den Haag: Onderwijsraad, 10 april 2009.

Onderwijsraad 2009c *Naar doelmatiger onderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, 13 november 2009.

Onderwijsraad 2009d *Ontwikkelingsrichtingen voor het middelbaar beroepsonderwijs*, Den Haag: Onderwijsraad, 23 november 2009.

Onderwijsraad 2010a *Verzelfstandiging in het onderwijs I*, Den Haag: Onderwijsraad, mei 2010.

Onderwijsraad 2010b *Verzelfstandiging in het onderwijs II*, Den Haag: Onderwijsraad, november 2010, p. 17-18.

Onderwijsraad 2010c *Naar een nieuwe kleuterperiode in de basisschool*, Den Haag: Onderwijsraad, 26 mei 2010.

Onderwijsraad 2011 *Ruim baan voor stapsgewijze verbeteringen*, Den Haag: Onderwijsraad, 8 november 2011.

Onderwijsraad 2011b *Passend onderwijs voor leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte*, Den Haag: Onderwijsraad, 4 mei 2011, p. 11.

Onderwijsraad 2012 *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijke perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad, 5 april 2012.

Onderwijsraad 2012b *Advies meerdere richtingen*, Den Haag: Onderwijsraad, 29 juni 2012.

Onderwijsraad 2012c *Zicht op een macrodoelmatig opleidingsaanbod*, Den Haag: Onderwijsraad, 26 juni 2012.

Onderwijsraad 2013a *Kiezen voor kwalitatief sterke leraren*, Den Haag: Onderwijsraad, 24 januari 2013.

Onderwijsraad 2013b *Grenzen aan kleine scholen*, Den Haag: Onderwijsraad, 14 februari 2013.

Onderwijsraad 2013c *Publieke belangen dienen*, Den Haag: Onderwijsraad, 16 april 2013.

Onderwijsraad 2013d *Advies Herijking bekwaamheidseisen*, Den Haag: Onderwijsraad, 19 december 2013, p. 5.

Onderwijsraad 2014a *Onderwijspolitiek na de commissie-Dijsselbloem*, Den Haag: Onderwijsraad, 2 oktober 2014.

Onderwijsraad 2014b *Advies inzake het initiatief-voorstel Wet doeltreffender regeling van het onderwijstoezicht*, Den Haag: Onderwijsraad, 22 december 2014.

Onderwijsraad 2014c *Toegevoegde waarde: een instrument voor onderwijsverbetering – niet voor beoordeling*, Den Haag: Onderwijsraad, 7 april 2014.

Onderwijsraad 2014d, *Advies Voorkomen draaideurconstructies*, Den Haag: Onderwijsraad, 17 maart 2014.

Onderwijsraad 2014e *Samen voor een ononderbroken schoolloopbaan*, Den Haag: Onderwijsraad, 3 november 2014.

Onderwijsraad 2015a *Advies Wetsvoorstel lerarenregister*, Den Haag: Onderwijsraad, 24 april 2015.

Onderwijsraad 2015b *Kwaliteit in het hoger onderwijs. Evenwicht in ruimte, regels en rekenschap*, Den Haag: Onderwijsraad, 28 augustus 2015.

Onderwijsraad 2015c *Advies Wetsvoorstel samenwerkingsscholen*, Den Haag: Onderwijsraad, 22 april 2015.

Onderwijsraad 2016 *Advies Conceptwetsvoorstel meer ruimte voor nieuwe scholen*, Den Haag: Onderwijsraad, 3 juni 2016.

Onderzoekscommissie NZa 2014 *Onderzoekscommissie intern functioneren NZa (Commissie-Borstlap), Het rapport van de Onderzoekscommissie intern functioneren NZa*, Den Haag: Ministerie van VWS, 2 september 2014.

Ontspoorde ambitie 2015 *Commissie onderzoek huisvesting ROC Leiden (Commissie-Meurs), Ontspoorde ambitie*, Den Haag, 1 december 2015.

Van Ommeren 2003a F.J. van Ommeren, 'Het publieke taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak, Staatsrechtconferentie 2002 Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156.

Van Ommeren 2003b F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra, *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-22.

Van Ommeren 2011 F.J. van Ommeren, 'Zorgplichten: wat zijn dat? – Een poging tot overbrugging van twee werelden', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren, J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Ommeren 2012a F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'', AA 2012, p. 562-572.

Van Ommeren 2012b F.J. van Ommeren, 'Algemeen wetgevingsbeleid', in: S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Oosterhof 2012 D.T.G.J. Oosterhof, 'Governance als voorwaarde voor risicogericht toezicht', in: G.D. Minderman, *Governance in het onderwijs: een nieuwe balans*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 31-42.

Den Ouden 2010 W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 689-715.

Overes 1992 C.H.C. Overes, 'Delegatie in het bijzonder onderwijs: onderwijswet of Boek 2 BW?', *School en Wet* 1992, nr. 2, p. 23-26.

Overes 1995a C.H.C. Overes, *Besturen en medezeggenschap in het onderwijs. Een civielrechtelijke studie naar de besluitvorming in het bijzonder onderwijs* (dissertatie VU Amsterdam), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995.

Overes 1995b C. Overes, 'De privaatrechtelijke stichting als rechtsvorm voor het openbaar onderwijs: een deugdelijk alternatief?', *NTOR* 1995.

Overes 2011 C.H.C. Overes, 'Een zorgplicht voor goed bestuur in het bijzonder onderwijs?', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren en J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Overes 2012 C.H.C. Overes, 'De vereniging als bestuursvorm in het openbaar onderwijs', in: W.T.G. Dresscher e.a. (red.), *Langzaam maar zeker. Maar wel zeker!* (Brekelmansbundel), Utrecht: 2012, p. 195-208.

Overes 2013 C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semipublieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013, nr. 6996.

- Paijmans 2013** B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen* (dissertatie Utrecht), Deventer: Kluwer 2013.
- Panhuysen 2005** L. Panhuysen, *De ware vrijheid. De levens van Johan en Cornelis de Witt*, Amsterdam: Atlas 2005.
- Philipsen 2013** S. Philipsen, 'Enkele grondwettelijke aspecten van krimp in het primair onderwijs', in: M. Laemers (red.), *Krimp in het onderwijs, Preadviezen NVOR*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2013, p. 39-58.
- Van der Ploeg 1991** T.J. van der Ploeg, *Recht in het maatschappelijk middenveld. Een privaatrechtelijke blik op de verhouding overheid – particuliere organisaties*, Preadvies Calvinistische Juristenvereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 12.
- Van der Ploeg 1995** T.J. van der Ploeg, 'Privaatrechtelijke bedenkingen tegen de overheidsstichting', *TVVS* 1995, 79.
- Van der Ploeg, De Ru & Sap 1995** T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru en J.W. Sap (red.), *In plaats van de overheid*, Zwolle, 1995.
- PO-Raad 2013** PO-Raad, Advies Belemmeringen in bestuurlijk-juridische vormgeving van kindcentra, Utrecht, september 2013.
- PO-Raad 2014** PO-Raad, Toetsingskader Verantwoording Financiële Posities, Utrecht, maart 2014.
- Postma 1995** A. Postma, *Handboek van het Nederlandse onderwijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.
- Projectgroep ZPO 2005** Projectgroep ZPO, *Zorgplichtbepalingen in het primair onderwijs*, Den Haag 2005, p. 16 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 27728, 85).
- Putters 2015** K. Putters, *Moedig onderwijsbestuur*, Den Haag: Ministerie van OCW, 8 juni 2015.
- Raad van State 2005** Raad van State, *Advies n.a.v. Ontwerpbesluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel*, 2005 (Bijvoegsel Stcr. 11 oktober 2005, nr. 197).
- Raaijmakers 2000** M.J.G.C. Raaijmakers, *Vennootschaps- en ondernemingsrecht*, Deventer, 2000.
- Raaijmakers 2006** M. J. G. C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht. Pitlo/2*, Deventer: Kluwer 2006.
- Raaijmakers 2014** M.J.G.C. Raaijmakers, 'Cancun; een joint venture klem tussen contract en instituut', *AA* 2014, nr. 6, p. 459-467.
- Rademaker 1967** C.S.M. Rademaker, *Gerardus Joannes Vossius (1577-1649)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.
- Radersma & Van der Weijden 2013** T. Radersma en H. van der Weijden, *Overleef de onderwijsinspectie! Handreiking en tips voor basisscholen*, Amsterdam: Boom, 2013.
- RBB 1992** *Onderwijsbestuur op Gelijke Voet. Advies over integraal lokaal bestuur ten aanzien van het onderwijs*, Den Haag: Raad voor het binnenlands bestuur, 23 januari 1992.

Regiegroep Kindcentra Regiegroep Kindcentra 2020, *Kindcentra 2020 Een realistisch perspectief*, oktober 2015, te raadplegen via www.kindcentra2020.nl.

Regioplan 2013 Regioplan, De voorzieningenplanning in het voortgezet onderwijs. Onderzoek ten behoeve van de Wet voorzieningenplanning, Amsterdam, april 2013 (Bijlage bij Kamerstukken I 2012/13, 31310, nr. G).

Reijnen 2013 T.F.H. Reijnen, 'Het uitkeringsverbod bij de stichting, een nog niet beëindigde discussie', *WPNR* 2013, p. 791-797.

Van Renesse 1886 J.E. van Renesse, *Het lager onderwijs in Nederland sedert 1857*, Haarlem: Bohn 1886, p. 32-34.

Rensen 2005 G.J.C. Rensen, *Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders*, Nijmegen, 2005.

Rensen 2015 G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015/7072.

Rensen 2015a G.J.C. Rensen, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Research voor Beleid 2012 Research voor Beleid, *Evaluatie Wet Medezeggenschap op Scholen, Eindrapport*, Zoetermeer, maart 2012, p. 38-39 (Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 33223, nr. 1).

Rietveld & Zoontjens 2005 J.J.W.M. Rietveld en P.J.J. Zoontjens, 'Naar educational governance door wetgeving, over zorgplichten in de Wet op het primair onderwijs, in: *Educational Governance* (Symposiumbundel NVOR), Den Haag: Sdu 2005.

Rijsbergen 2015 B. Rijsbergen, *60 jaar samenwerking beroepsonderwijs – bedrijfsleven*, Zoetermeer: SBB, januari 2015.

Roeters en Verkroost 2013 A. Roeters en J. Verkroost, 'Toezicht op publieke belangen, een reactie', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, nr. 4, p. 69-74.

Roth & Roepnarain 2014 G.P. Roth en J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2014, nr. 95.

Ruimte OK 2014 Ruimte OK, *(Anders) financieren. Financieringsmogelijkheden voor schoolbesturen*, Eindhoven 2014, te raadplegen via www.ruimte-ok.nl.

Sagel 2014 S.F. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', *TRA* 2014/96.

Sap ea 2003 J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak* (Staatsrechtconferentie 2002 Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 2003.

Schevenings Beraad 1993 Schevenings Beraad Bestuurlijke Vernieuwing, *Gezamenlijk richtinggevend uitspraken van 6 juli en 5 november 1993 en Gezamenlijke uitspraken op grond van de rapportages van de uitwerkingsgroepen van 22 maart 1993*, Den Haag, 31 maart 1994.

Schild 2011 A.J.P. Schild, 'Het evenredigheidsbeginsel in het ondernemingsrecht; de jurisprudentie van het EHRM als inspiratiebron', *Ondernemingsrecht* 2011/125.

- Schild 2014** A.J.P. Schild, 'Het nieuwe artikel 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders; WPNR 2014/7011.
- Van Schilfgaarde 2013** P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.
- Schlössels & Zijlstra 2010** R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.
- Schmieman 2008** E. Schmieman, De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2008/2, p. 40-48.
- Schmieman 2014** Schmieman, *T&C Boek 2, Titel 6 Burgerlijk Wetboek*, Inleidende opmerkingen, aant. 2 (bijgewerkt 1 juli 2014).
- Scholten 1931** P. Scholten, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Algemeen Deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1931, nrs. 21 en 50.
- School op weg 1988** *De school op weg naar 2000. Een besturingsfilosofie voor de negentiger jaren*, Zoetermeer: Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen, 9 mei 1988.
- Van Schoonhoven & Keijzer 2010** R. van Schoonhoven en M. Keijzer, *Een geschil is geen ruzie; onderzoek naar de doorwerking van medezeggenschapsgeschillen in het primair en voortgezet onderwijs*, Rotterdam: Actis, 27 juni 2010.
- Van Schoonhoven & Keijzer 2011** R. van Schoonhoven en M. Keijzer, *Klagen kan verbeteren. Onderzoek naar de doorwerking van adviezen van de Landelijke Klachtencommissie*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2011.
- Van Schoonhoven & Keijzer 2011** R. van Schoonhoven en M. Keijzer, *Klagen kan verbeteren. Onderzoek naar de doorwerking van adviezen van de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs*, Rotterdam: Actis, oktober 2011.
- Van Schoonhoven 2010** R. van Schoonhoven, *Een geschil is geen ruzie, onderzoek naar de doorwerking van medezeggenschapsgeschillen in het primair en voortgezet onderwijs*, Utrecht: Stichting Onderwijsgeschillen, juni 2010.
- Van Schoonhoven 2010b** R. van Schoonhoven, *Ruimte, regels en beroepsonderwijs. Verkenning van onderwijsrechtelijke vraagstukken in het beroepsonderwijs en opmaat tot een onderzoeksprogramma* (dissertatie Amsterdam VU), Amsterdam: SWP Publishers 2010.
- Van Schoonhoven 2012** R. van Schoonhoven, 'Omzien in verwondering', *School en Wet* 2012, nr. 2, p. 4.
- Van Schoonhoven 2014** R. van Schoonhoven, 'De autonomie voorbij?', in: *Sturing van prestaties in het onderwijs: afspreken, interveniëren en openbaar maken* (preadviezen NVOR), Den Haag: Sdu 2014, p. 189-197.
- Schouten 2014** B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', *TAP* 2014, nr. 1, p. 60-71.
- Schreuder 1854** B. Schreuder, *Memorie van den agent der nationale opvoeding J.H. van der Palm, gevolgd van een drietal staatsstukken, betreffende de invoering der schoolwetten van 1801 en 1803, en van de voordragt van den raadpensionaris R.J. Schimmelpenninck, van het ontwerp der schoolwet van 1806*, Leiden, 1854.

Schueler 2010 B.J. Schueler, 'De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht', in T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 173-192.

Schwarz 2000 C.A. Schwarz, 'Privaatrecht Actueel: Stichting Moskee Al Firdaus', *WPNR* 2000/6408, p. 471-472.

Sectorbestuur onderwijsarbeidsmarkt 2010 Sectorbestuur onderwijsarbeidsmarkt, *Krimp als kans. Leerlingendaling in het primair en voortgezet onderwijs*, Nijmegen: ResearchNed, september 2010.

Sennema & De Jonge 1990 E.J. Sennema en J.F.M. de Jonge, *De SVM-operatie; het verloop van het fusieproces in het middelbaar beroepsonderwijs*, Leiden: Research voor Beleid 1990.

De Serriere 2010 V.P.G. de Serriere, 'Mogelijkheden tot ingrijpen door De Nederlandsche Bank N.V. bij kredietinstellingen in de pre-insolventiefase', *Ondernemingsrecht* 2010, 15.

De Serriere 2011 V.P.G. de Serriere, 'Is versterking van het toezichtsinstrumentarium van De Nederlandsche Bank N.V. wenselijk?', *Ondernemingsrecht* 2011, 3.

Shleifer 1998 A. Shleifer, 'State versus Private Ownership', *Journal of Economic Perspectives* 1998, nr. 4, p. 133-150.

Simon 1993 H. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Smeets 2005 E.F.L. Smeets, *Op weg naar samenhang: de samenwerkingsverbanden 'Weer Samen Naar School'*, Nijmegen: ITS 2005.

Van Solinge 2012 G. Van Solinge e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Smeets en Verkroost 2010 G. Smeets en J. Verkroost, *Selectief en slagvaardig. Werken met de WOT (2000-2010)*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 2010.

Sperling & Foppen 2014 J. Sperling en N.W. Foppen, 'Versterking van de medezeggenschap in het funderend onderwijs', *School en Wet*, juni 2014, p. 5-9.

Sperling 2009 J. Sperling, 'De juridische positie van ouders in het onderwijs', in: *De juridische positie van de ouders in het onderwijs* (preadviezen NVOR 29), Den Haag: Sdu 2009, p. 24-35.

Sperling 2010 J. Sperling, *Moet jij niet naar school? Een onderzoek naar de juridische aspecten van thuisonderwijs vanuit Nederlands en rechtsvergelijkend perspectief* (disser-tatie Erasmus Universiteit Rotterdam), Rotterdam 2010.

Sperling 2012 J. Sperling, 'De evaluatie van de WMS: niet de wetgever, maar de onderne-mingskamer maakt de WMS doeltreffender en effectiever', *NTOR* 2012, nr. 4, p. 232-246.

Sperling 2013 J. Sperling, *De Wet medezeggenschap op scholen toegelicht*, Utrecht: Stichting onderwijsgeschillen 2013.

Sperling, Slump & Van de Koppel 2009 J. Sperling, K.J. Slump en M. van de Koppel, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs* (Preadviezen NVOR 29), Den Haag: Sdu 2009.

- Sterke instellingen 1999** Sterke instellingen, verantwoordelijke overheid, Zoetermeer: Ministerie van OCW, 21 september 1999.
- Steur & De Vries 2012** R. Steur en O. de Vries, 'De zoektocht naar balans tussen autonomie en kwaliteit in het hoger onderwijs', in: A.B. Dijkstra en F.J.G. Janssens, *Om de kwaliteit. Kwaliteitsbepaling en kwaliteitsbevordering*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2012, p. 210.
- Stichting VU-VUmc 2014** Stichting VU-VUmc, *Klachtenregeling wetenschappelijke integriteit VU-VUmc*, Amsterdam, juli 2014.
- Stokkermans en Rensen 2014** C.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2014/7016, p. 391-393.
- Storimans & Wijnands 2012** Th. Storimans en F. Wijnands, 'De wettelijke vormgeving van kwaliteitsverantwoordelijkheid voor het onderwijs', in: W. Dresscher (red.), *Langzaam maar zeker, maar wel zeker!: opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht*, Utrecht: AOb 2012, p. 41-60.
- Strikwerda 2002** J. Strikwerda, 'Wat is ondernemingsbestuur?', *Aanzet voor een toetsingskader*, *MAB* 2002, p. 54-64.
- Strikwerda 2010** J. Strikwerda, *Shared Service Centers II*, Assen: Van Gorcum, 2010.
- Strikwerda 2011** J. Strikwerda, *De Nederlandse Corporate Governance Code: Noodzaak voor vernieuwing*, 2011.
- Stuurgroep Accreditatiestelsel 3.0 2015** Stuurgroep Accreditatiestelsel 3.0, *Accreditatie op maat. Een doeltreffend en gedifferentieerd accreditatiestelsel*, Den Haag: Ministerie van OCW, 2 juni 2015 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31288, nr. 471).
- Swelheim 2014** A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51, par. 3.2.
- T&C Boek 2 BW 2014** J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), 2014, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, art. 2:298 BW.
- Themagroep Krimp en Onderwijs 2009** Themagroep Krimp en Onderwijs, *Position paper 'Krimp en onderwijs'*, Nationaal Netwerk Bevolkingsdaling, 2009.
- Tijbosch 2011** W. Tijbosch, "De verhouding tussen de onderwijswetgeving en de subsidie-titel van de Awb", *NTOR* 2011, p. 119-120.
- Tijd voor Onderwijs 2008** *Kamerstukken II* 2007/08, 31007, nr. 6, p. 104 (Commissie Parlementair Onderzoek Onderwijsvernieuwingen (Commissie-Dijsselbloem), *Tijd voor Onderwijs*, Den Haag, 13 februari 2008).
- Timmer 2011** W. Timmer, *Het doel wel gesteld. Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving*, Den Haag, 2011.
- Timmer 2013** W. Timmer, 'Zorgplichten aan het werk', *RegelMaat* 2013, 6.
- Timmerman 2008** L. Timmerman, 'Situationele gelijkheid in het (privaat)recht', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 336-341.

Timmerman 2009a L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2.

Timmerman 2009b L. Timmerman, 'Vrijheid alleen is niet genoeg, een reactie', *Ondernemingsrecht* 2009/6.

Timmerman 2013 L. Timmerman, 'Meer informatie, beter recht?', *WPNR* 2013/6966, nr. 4.

Timmerman 2014 L. Timmerman, 'Oude koeien met actualiteitswaarde', *Ondernemingsrecht* 2014/111.

Timmerman ea 2011 L. Timmerman e.a., *SamenWerken in het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Tjeenk Willink 2006 H.D. Tjeenk Willink, 'De bureaucratisch-bedrijfsmatige logica', in: Raad van State, *Algemene beschouwing uit het Jaarverslag van de Raad van State over 2005*, Den Haag 2006.

Tjeenk Willink 2012a H.D. Tjeenk Willink, 'De bureaucratisch-bedrijfsmatige logica', in: H.D. Tjeenk Willink, *Niet de beperking maar de ruimte*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 196-198.

Tjeenk Willink 2012b HD. Tjeenk Willink, 'De kwaliteit van het primaire proces', in: H.D. Tjeenk Willink, *Niet de beperking maar de ruimte*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 199-202.

Tjong Tjin Tai 2007 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (dissertatie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

Tjong Tjin Tai 2011 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'The centre cannot hold': aansprakelijkheid voor moderne collectieven', *NTBR* 2011, nr. 17 en

Tjong Tjin Tai 2012 T.F.E. Tjong Tjin Tai, Solidariteit in het privaatrecht, *WPNR* 2012, nr. 6939, p. 539-546.

Tjong Tjin Tai 2014 E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht in nood', *NJB* 2014, p. 1474-1478.

Tjong Tjin Tai, Van Doorn, Zegveld & Van Laarhoven 2009 T.F.E. Tjong Tjin Tai, C.J.M. van Doorn, C.B.M.C. Zegveld en M.J. van Laarhoven, 'Een juridisch beoordelingskader voor samenwerking', *NTBR* 2009, nr. 30.

Toezicht in vertrouwen 2006 *Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht. Visie op toezicht OCW 2007-2011*, Den Haag: Ministerie van OCW, september 2006.

Toezichtskader BVE 2012 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskader 2012 BVE*, Utrecht, september 2012.

Toezichtskader Hoger Onderwijs 2014 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskader Hoger Onderwijs 2014*, Utrecht: 2014.

Toezichtskader MBO Addendum 2015 Inspectie van het Onderwijs, *Toezichtskader MBO 2012 Addendum 2015*, Utrecht, 22 september 2014.

Toezihtkader passend onderwijs 2013 Inspectie van het Onderwijs, *Toezihtkader passend onderwijs 2013. Integraal toezicht op de samenwerkingsverbanden in het primair en voortgezet onderwijs*, Utrecht augustus 2013.

Toezihtskader PO/VO 2012/2013 Inspectie van het Onderwijs, *Toezihtskader PO/VO 2012/2013*, Utrecht, juli 2012.

Toezihtskader PO/VO 2013 Inspectie van het Onderwijs, *Toezihtskader 2013 voor PO en VO*, Utrecht, november 2012.

Tol, Helsloot & Mertens 2012 J.J. van Tol, I. Helsloot en F.J.H. Mertens, *Veiligheid boven alles? Essays over oorzaken en gevolgen van de risico-regelreflex*, Den Haag, 2012.

Toolkit Toeziht Onderwijs 2009 G.M.M. Blokdijk, red., *Toolkit Toeziht Onderwijs*, Den Haag: Nationaal Register Commissarissen en Toezichthouders 2009.

Toolkit Toeziht Onderwijs 2014 *Toolkit Toeziht Onderwijs*, Den Haag: Nationaal Register voor Commissarissen en Toezichthouders, 2014.

Toolkit Toeziht Publieke Veld 2012 *Toolkit Toeziht in het Publieke Veld*, Den Haag: Nationaal Register Commissarissen en Toezichthouders, 2012.

Transitie in onderwijstoeziht 2014 *Kamerstukken II 2013/14*, 33905, nr. 1.

Turkenburg 2008 M. Turkenburg, *De school bestuurd. Schoolbesturen over goed bestuur en de maatschappelijke opdracht van de school*, Den Haag: SCP, juli 2008.

Van Twist e.a. 2013a M. van Twist e.a., *Ibn Ghaldoun. Verhaal achter een bijzonder inspectiebezoek*, Den Haag: NSOB, 2013.

Van Twist e.a. 2013b M. van Twist e.a., *Amarantis. Het verhaal achter een vertraagde val*, Den Haag: NSOB 2013.

Van Twist ea 2013c M. van Twist e.a., *Coping With Very Weak Primary Schools: Towards Smart Interventions in Dutch Education Policy*, Den Haag: NSOB 2013.

VAAN 2014 *Wetsvoorstel werk en zekerheid: '33818 in de praktijk gebracht'*, Samenvattend verslag Symposium VAAN, 21 januari 2014, te raadplegen via www.vaan-arbeidsrecht.nl/contents/wetsvoorstel-werk-en-zekerheid.

Valkhoff 1938 J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsonwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1938.

Van Veen 2015 W.J.M. van Veen, 'Vennootschappelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?', in: A.F. Verdam e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 49-66.

Velders en Brunia 2013 R. Velders en M. Brunia, *Begrippenkader rijksinspecties*, Den Haag: Inspectieraad 2013.

Verbrugge & Verbrugge-Breeuwsma 2006 D. Verbrugge en M. Verbrugge-Breeuwsma, *Manifest: Beter Onderwijs Nederland, Amsterdam: Beter Onderwijs Nederland 2006*, te raadplegen via www.beteronderwijsnederland.nl.

Verburg 2012 L.G. Verburg, 'De bestuurder van de nv of de bv', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet, red., *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag, 2012, p. 250-261.

Verburg 2013 L.G. Verburg, 'De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT): (in) werking', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2013, nr. 1, p. 3-29.

Verburg 2015 L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 91-92.

Verdam 2011 A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren en J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 173-189.

Verdam 2013 A.F. Verdam, 'Het vennootschappelijk belang: méér dan enlightened shareholder value', *Ondernemingsrecht* 2013/18.

Verdam 2015 A.F. Verdam, 'Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders', in: A.F. Verdam e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 67-78.

Verhage 1989 J.J. Verhage, 'Advies van de commissie Hirsch Ballin over de ontwikkeling van de onderwijswetgeving in de jaren negentig', *De Reformatorische School*, 1989, nr. 8, p. 448-453.

Verhey & Verheij 2005 L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters', in: A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, *Toezicht, Preadviezen NJV*, Deventer: Kluwer 2005, p. 135-332.

Veringa 2012 J. Veringa, 'Onderwijswetgeving van morgen', in: W. Dresscher (red.), *Langzaam maar zeker, maar wel zeker!: opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht (Brekelmansbundel)*, Utrecht: AOOb 2012.

Veringa & Schouten 2016 J.A.P. Veringa en L. Schouten, 'Ontwikkelingen in de governance van onderwijsinstellingen en de rol van medezeggenschap daarbij', *Regelmaat* 2016, nr. 1, p. 30-41.

Verkroost 2008 J. Verkroost, 'Risicogestuurd toezicht. De Wot zoals deze feitelijk bedoeld is', *NTOR* 2008, nr. 3, p. 191-200.

Vermeulen & Zoontjens 2000 B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, Het algemene bestuursrecht en het bijzondere onderwijsrecht, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving (Preadviezen VAR)*, Boom: Den Haag 2000.

Vermeulen & Zoontjens 2009 B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, 'Toelatingsbeleid ter bestrijding van segregatie' in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 216-233.

Vermeulen & Zoontjes 2006 B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *Governance in het openbaar onderwijs II. Hoe kan de positie van de stichting voor openbaar onderwijs zoveel*

mogelijk in overeenstemming gebracht worden met de positie van het bevoegd gezag van een bijzondere school?, Amsterdam, oktober 2006.

Vermeulen 1996 B.P. Vermeulen, 'De juridische onmogelijkheden van een richtingvrij stelsel van scholenplanning en van vergroting van de ouderinvloed op de identiteit van scholen: onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad', in: *Preadviezen bij het advies "Richtingvrij en bepalend"*, Den Haag: Onderwijsraad 1996.

Vermeulen 1999 B. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Amsterdam: Elsevier 1999.

Vermeulen 1999 B. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Amsterdam/Leersum: Elsevier 1999.

Vermeulen 2003a B. Vermeulen, 'Onderwijskwaliteitsnormen in de democratische rechtsstaat', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra, *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 218-238.

Vermeulen 2003b B.P. Vermeulen, 'De publieke taak: een veel-zijdig begrip', in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak* (Staatsrechtconferentie 2002 Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 2003, p. 13-30.

Vermeulen 2006 B.P. Vermeulen, 'Right to education (article 2 of Protocol No. 1)', in: P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 895-910.

Vermeulen ea 2010 M. Vermeulen e.a., *Doelmatigheid van het middelbaar beroepsonderwijs*, Tilburg/ Nijmegen: IVA beleidsonderzoek en advies, 2010.

Vermeulen en Poot 2010 B.P. Vermeulen en M.R. Poot, 'De Awb en het onderwijsrecht', in: T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 375-396.

Visie op Toezicht OCW 2006 Ministerie van OCW, Visie op Toezicht van OCW. Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht, Den Haag, 2006.

VNG & VOSABB 2012 VNG en VOS/ABB, *Openbaar onderwijs en de gemeente*, Den Haag, mei 2012.

VO-raad 2008 *Code Goed Onderwijsbestuur VO*, Utrecht: VO-raad,, 27 mei 2008.

VO-raad 2013 *Handboek Risicomanagement*, Utrecht: VO-raad, november 2013.

Voorstel Nederlandse Corporate Governance Code 2016 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Nederlandse Corporate Governance Code, Voorstelvoor herziening, Een uitnodiging voor commentaar*, Den Haag, 11 februari 2006.

VOS/ABB & AVS 2006 *Principes van goed onderwijsbestuur*, Woerden: VOS/ABB en AVS, 2006.

VOS/ABB 2011 VOS/ABB, Brief aan de Minister van OCW inzake artikel 48 lid 4 Wpo, Woerden, 12 juli 2011.

Vrijheid van stichting 2011 P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting. Over de mogelijkheden en consequenties van een moderne*

interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen, Rotterdam / Amsterdam / Schoonhoven / Tilburg, 14 juni 2011.

VTOT 2009 VTOT, *Referentiekader voor de Toezichthouder in het onderwijs*, 2009.

VTOT 2012 VTOT, *10 lessen voor de toekomst*, VTOT Nieuws, nr. 33, november 2012.

Wachelder 1992 J.C.M. Wachelder, *Universiteit tussen vorming en opleiding. De modernisering van de Nederlandse universiteiten in de 19^e eeuw*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1992.

Webbink 2009 D. Webbink e.a., *Wat is bekend over de effecten van kenmerken van onderwijsstelsels? Een literatuurstudie*, Den Haag: CPB 2009.

Van der Weele & Van Dalfsen 2012 M. van der Weele en H. van Dalfsen, *Eerste Resultaten Kwaliteitsaanpak Basisonderwijs Amsterdam. Zomer 2008 – Zomer 2012*, Amsterdam: DMO Amsterdam, september 2012.

Werkgroep Geelhoed 1983 Startwerkgroep beleidsinstrumenten in directe zin (o.l.v. A. Geelhoed), *De interveniërende staat: Aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: staatsuitgeverij 1983.

Werkgroep publieke verantwoording 2008 Werkgroep publieke verantwoording (Commissie-Van Es), *Vertrouwen in verantwoording*, Ministerie van BZK: Den Haag 2008.

Westenbroek 2015 W.A. Westenbroek, 'Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa. Het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, nr. 10/11, p. 353-366, i.h.b. p. 358-359.

Westerman 2012 P.C. Westerman, 'Ruimte door regels', *AA* 2012, nr. 8, p. 720-728.

Westerman 2015 P.C. Westerman, 'Het Calimero-gevoel van de jurist', *NJB* 2015, nr. 20, p. 1351 (Interview met prof. mr. Carel Stolker naar aanleiding van zijn boek C. Stolker, *Rethinking the Law School: Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2014).

Westhoff 2013 L. Westhoff, 'Zelfregulering: een belangrijke bron voor civiele aansprakelijkheid binnen de sport?', *Tijdschrift voor Sport en Recht* 2013, p. 70-75.

Wiebosch 2012 R.J. Wiebosch, *De eerste cao voor bestuurders in het onderwijs*, Haarlem, 2012, te raadplegen via www.potjonker.nl.

Van Wieringen 1995 A.M.L. van Wieringen (red.), *Autonomievergroting en deregulering in het onderwijs*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995.

Van Wieringen 1995 A.M.L. van Wieringen, 'Waar brengt ons deregulering en autonomievergroting', in: A.M.L. van Wieringen (red.), *Autonomievergroting en deregulering in het onderwijs*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 9-26.

Wigger 2010 A. Wigger, 'Samenwerken in het beroepsonderwijs', in: M. Laemers (red.), *Beroepsonderwijs op het snijvlak van vmbo en mbo (preadviezen NVOR)*, Den Haag: Sdu uitgevers 2010, p. 55-86.

Van Willegen 2013 H. van Willegen, 'Experimenteren bij krimp', in: M. Laemers (red.), *Krimp in het onderwijs, Preadviezen NVOR*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2013.

- Winter 2010** H.B. Winter, *Zicht op toezicht? Over de meerwaarde van toezicht in de risico-samenleving* (oratie Groningen). Groningen: Eigen beheer, 2010.
- Winter, Struiksma & Hollander 2015** H.B. Winter, N. Struiksma en M. Hollander, *De selectiviteit, efficiency en effectiviteit van het risicogerichte toezicht op grond van de WOT*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen / Pro Facto 2015.
- Wintgens 2013** J.M.A. Wintgens, 'Reactie op het artikel over de fusietoets', *School en Wet* 2013, nr. 2, p. 16-17.
- Wintgens 2016** J.M.A. Wintgens, *Destichting in het onderwijs*, WPNR 2016, nr. 7088, p. 1085-1091.
- Wittelman-van Leenen, Bernds en Van Bergen 2013** H. Wittelman-van Leenen, F.E.M. Bernds en C.T.A. van Bergen, *Arbeidsmarkt onderwijsbestuurders*, Regioplan, oktober 2013.
- Witteveen 2007** W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: *Alternatieve regelgeving* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2007.
- De Wolf 1977** H.C. de Wolf, *Volksonderwijs in Nederland van omstreeks 1775 tot omstreeks 1840*, Den Haag: Nederlands Historisch Genootschap. 1977.
- De Wolff 2014** D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid', TRA 2014/25.
- WRR 2000** WRR, *Het borgen van publiek belang*, Amsterdam: Sdu Uitgevers 2000.
- WRR 2004** WRR, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Den Haag: Amsterdam University Press 2004.
- WRR 2008** WRR, *Innovatie vernieuwd. Opening in viervoud*, Den Haag: Amsterdam University Press, 2008.
- WRR 2009** WRR, *Vertrouwen in de school. Over de uitval van 'overbelaste' jongeren*, Den Haag, 2009, p. 204-213.
- WRR 2012** WRR, *Publieke zaken in de marktsamenleving*, Den Haag: Amsterdam University Press 2012.
- WRR 2013** WRR, *Toeziën op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.
- WRR 2013b** WRR, *Naar een lerende economie*, Den Haag: Amsterdam University Press, 2013.
- WRR 2014a** WRR, *Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semi-publieke organisaties*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014.
- WRR 2014b** WRR, *Met kennis van gedrag beleid maken*, Den Haag, 10 september 2014.
- WRR 2015** WRR, *Van incident naar preventie. Beperking en versterking van de relatie tussen intern en extern toezicht*, WRR, oktober 2015.
- Van Wijk/Konijnenbelt 2014** Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Zanten-Baris 2014 A. Van Zanten-Baris, 'de billijke vergoeding in volle omvang', *ArbeidsRecht* 2014/55.

Zeilstra 2013 J.P. Zeilstra, 'Aansprakelijkheid voor klimongevallen: de (bijzondere) zorgplicht van zekeraars, instructeurs en sportorganisaties', *Verkeersrecht Artikelen*, 2013/81.

Van der Zel 2015 F. van der Zel, 'Lokale overlegverplichtingen: een bestandsopname van artikel 167a WPO', *NTOR* 2015, nr. 1.

Zifo 2015 A.F. Verdam e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak. Zifo-reeks 16*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Zijlstra 1989 S.E. Zijlstra, *Vrijheid van richting in het onderwijsrecht*, Amsterdam: Kluwer 1989.

Zijlstra 2003 S.E. Zijlstra, 'Publieke taak en de democratische rechtsstaat', in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak* (Staatsrechtconferentie 2002 Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 2003, p. 69-76.

Zijlstra 2008 S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur?* (Preadviezen VAR), 2008, p. 9-93.

Zijlstra 2009 S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Zijlstra 2012b S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Zijlstra e.a. 2006 S.E. Zijlstra e.a., *Wetgevingsleer in theorie en praktijk*, Amsterdam/Rotterdam: VU/EUR, 2006.

Zoontjens & Frissen 2005 P.J.J. Zoontjens en P.H.A. Frissen, *Kansen voor harmonisatie van de onderwijswetgeving. Naar een voorzieningenwet voor het onderwijs*, Tilburg: Tilburg University 2005.

Zoontjens & Noorlander 2010 P.J.J. Zoontjens en C.W. Noorlander, 'De maatschappelijke onderneming, panacee voor goed onderwijsbestuur?', in: C.W. Noorlander en F.J.G. Janssens (red.), *Goed onderwijsbestuur: Opstellen over een nieuwe besturingsfilosofie van het onderwijs*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010, p. 111-138.

Zoontjens 1999a P.J.J. Zoontjens, *Inleiding tot de onderwijswetgeving*, Goirle: Elsevier 1999.

Zoontjens 1999b P.J.J. Zoontjens, 'De smalle ruimte: enige opmerkingen over privaatrecht en publiekrecht, gezien vanuit de positie van de bijzondere school', *NTOR* 1999, nr. 1.

Zoontjens 2001 P.J.J. Zoontjens, 'Algemene beginselen van behoorlijk onderwijs?, Een intrigerend concept', *School en Wet* 2001, nr. 2, p. 20-23.

Zoontjens 2002 P.J.J. Zoontjens, 'Toekomst voor de onderwijsvrijheid', in: P. Boekholt, H. van Crombrugge, N.L. Dodde en J. Tyssens, *Tweehonderd jaar onderwijs en de zorg van de Staat*, Utrecht/Assen: Koninklijke Van Gorcum 2002.

Zoontjens 2003 P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs* (oratie UvT), Den Haag: Boom 2003.

- Zoontjens 2007** P.J.J. Zoontjens, 'Nieuwe contouren van onderwijsachterstandenbeleid', *School en Wet* 2007, nr. 6, p. 6-17.
- Zoontjens 2008a** P.J.J. Zoontjens, 'Nieuwe grenzen aan vrijheid en beleid; de internationalisering van het onderwijsrecht', *NTOR* 2008, nr. 2, p. 29-37.
- Zoontjens 2008b** P.J.J. Zoontjens, 'Zorgplichten in het onderwijs. Ondraaglijke lichtheid of serieus geschat?', *Regelmaat* 2008, nr. 4, p. 111-121.
- Zoontjens 2010a** P.J.J. Zoontjens, 'Toezicht op het bijzonder onderwijs', *Regelmaat* 2010/3, p. 95-96.
- Zoontjens 2010b** P.J.J. Zoontjens, 'Regelgeving en principes', in: R. Klarus en F. de Vijlder (red.), *Wat is goed onderwijs?*, Den Haag: Boom lemma 2010, p. 61-82.
- Zoontjens 2014** P.J.J. Zoontjens, 'Prestatiebekostiging in het hoger onderwijs', *Ars Aequi* 2014, nr. 1, p. 64-67.
- Zoontjens 2015** P.J.J. Zoontjens, 'Toezicht op de snijtafel. Grote verschillen van opvatting over de rol van de inspectie in po en vo', *School en Wet*, september 2015, p. 5-14.
- Zoontjens, Backx en Mentink 1995** P.J.J. Zoontjens, H.A.M. Backx en D. Mentink, *Kwaliteit en uitvoerbaarheid van onderwijswetgeving, (preadviezen VOR)*, Den Haag: VOR 1995.
- Zoontjens, De Boer, Michiels & Den Ouden 2014** P.J.J. Zoontjens, J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels en W. den Ouden, 'Bekostiging en sancties: Een pleidooi voor meer Awb-conforme onderwijswetgeving', *NTOR* 2014, nr. 2, p. 59-79.
- Zoontjens, Delnooz & Vermeulen 2006** P.J.J. Zoontjens, H. Delnooz en B.P. Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs: Eindrapport eerste deel*, Tilburg: Universiteit van Tilburg, maart 2006.
- Zoontjens, Huisman & Nolen 2013** P.J.J. Zoontjens, P.W.A. Huisman en M.F. Nolen, 'Anti-pestwet tast autonomie school aan', *Volkskrant*, 2 april 2013.
- Zoontjens & Huisman 2015** P.J.J. Zoontjens en P.W.A. Huisman, 'Recht op onderwijs als vertrekpunt van wetgeving nieuwe stijl', *NTOR* 2015, nr. 4, p. 312-319.
- Zoontjes, Delnooz & Vermeulen 2005** P.J.J. Zoontjes, H. Delnooz en B.P. Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs: over de mogelijkheden van scheiding van bestuur en toezicht en van delegatie van bevoegdheden in het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs in PO en VO*, Tilburg: Schoordijk instituut, 2005.

LIJST AFKORTINGEN TIJDSCHRIFTEN EN JURISPRUDENTIE

AA	Ars Aequi Maandblad
AB	Rechtspraak Bestuursrecht
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ArbeidsRecht	ArbeidsRecht
Gst.	de Gemeentestem
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
GJ	Gezondheidszorg Jurisprudentie
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht Plus
JIN	Jurisprudentie in Nederland
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTOR	Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht
NV	De Naamlooze Vennootschap
Ondernemingsrecht	Tijdschrift Ondernemingsrecht
O&F	Onderneming & Financiering
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
RegelMaat	RegelMaat
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RVDW	Rechtspraak van de Week
S&V	Stichting & Vereniging
SV&V	Stichting Vereniging & Vennootschap
TAP	Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtspraktijk
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TREMA	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TvAO	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

TvT	Tijdschrift voor Toezicht
TVVS	Maandblad voor Ondernemingsrecht en rechtspersonen
V&O	Vennootschap & Onderneming
WPNR	Weekblad Privaatrecht, Notariaat en Registratie

JURISPRUDENTIE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM, 29 september 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL7115 (Zadkine vs Nederland).

EHRM 11 september 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ6258 35504/03 (Konrad e.a./Duitsland).

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen.

HvJEG 11 september 2007, Schwarz, zaak C-76/05, Jur. I-6849.

HvJEG, 27 september 1998, Humbel, zaak C-263/86, Jur. 5365.

HvJEG, 7 december 1993, Wirth, zaak C-109/92, Jur. I-6447.

Hoge Raad der Nederlanden

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (SCAU/Universiteiten).

HR 22 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:83 (VAVO en BTW).

HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1338 (thuisonderwijs).

HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499 (ING/Verweerders).

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, JOR 2014/296 m.nt M.J. Kroeze, AA 2014/933 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air).

HR 25 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:981, BNB 2014, 160, m.nt. D.B. Bijl (Centrale Dienst en leerstuk kosten voor gemene rekening).

HR 18 april 2014, JIN 2014/142, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, (Vereniging Martijn).

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, m.nt. P. van Schilfgaarde NJ 2014/286 (Cancun II).

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde, Ondernemingsrecht 2014/101 m.nt. A.F.J.A. Leijten, JOR 2014/290 m.nt. R.G.J. de Haan (Invernostra c.s./Cancun Holding I BV, Cancun Holding II BV e.a.).

HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM).

HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2013/40, m.nt. W.J.M. van An del en K. Rutten (Spaanse Villa).

HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI).

HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, NJ 2012, 241, m.nt. H.J. Snijders en AB 2011, 11, m.nt. G.A. van der Veen.

HR 26 juni 2009, JOR 2009/222, m.nt. Schmieman (Hells Angels Harlingen).

HR 27 februari 2009, JOR 2009/104 m.nt. Jeroen Kortmann (Waaldijk).

HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (Willems/NOM).

HR 20 april 2007, LJN AZ9324, NJ 2007/241 (Dr. A. Fuldauerstichting).

- HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I).
- HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ondernemingsrecht* 2007, 36 m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen).
- HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. Maeijer en JOR 2007/6, m.nt. Schmieman (Stichting Schaapstil II).
- HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2020, JOR 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen (Unidek BV).
- HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713, JOR 2005/144 m.nt. P.A.M. Witteveen onder JOR 2005/145 en JAR 2005/153 m.nt. R.M. Beltzer en E. Verhulp (Ciris BV/Bartelink).
- HR 8 april 2005, JOR 2005/119 (Laurus).
- HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ3810, AB 2015, 111, m.nt. Widdershoven (Bovenforfaitaire fiscale proceskosten).
- HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, AB 2005, 74, NJ 2006, 28, m.nt. H.J. Snijders.
- HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486, m.nt. Ma (Scheipar).
- HR 29 november 2002, NJ 2003/455 en JOR 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).
- HR 8 juni 2001, JOR 2001/171 (Panmo).
- HR 13 oktober 2000, TvI 2001, p. 39 e.v. m.nt. J.B. Huizink (Rainbow).
- HR 12 mei 2000, JOR 2000/145 en NJ 2000/439, Geestelijk Leider.
- HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. J.M.M. Maeijer en JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).
- HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 (Van Zoolingen).
- HR 13 november 1992, NJ 1993/256, m.nt. PAS (Levison/MAB).
- HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149, m.nt. Ma (Veldhof/Leonard Woltjer Stichting).
- HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 m.nt. MS, AB 1990, 408 m.nt. Kleijn (Windmill).
- HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).
- HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (Maimonides).
- HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375 m.nt. Ma (Sjardin/Sjartec).
- HR 2 juni 1977, NJ 1978/238 m.nt. Ma (Jacobus Recourt).
- HR 3 januari 1975, NJ 1975/222, m.nt. Scholten (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen).
- HR 18 augustus 1944, NJ 1944/45, 598 (Alkmaar/Noord-Holland).
- HR 6 april 1936, NJ 1936, 1045, m.nt. E.M. Meijers (Zeepfabriek Frans Duller).
- HR 25 november 1927, NJ 1928/364, m.nt. Scholten (Kretschmar/Mendes de Leon).
- HR 9 januari 1925, NJ 1925/327 (Papefonds).
- HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (Guldemonid/Noordwijkerhout).
- HR 11 december 1914, NJ 1915/238 en WPNR 1915/2360 (Fonds Jan de Koning).

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3504 (Isaac Beeckman).

ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3505 (Tjalling Koopmans College).

ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3233 (Europort Business School/Inspectie van het Onderwijs).

ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:534, AB 2015/217, m.nt. W. den Ouden (OCW/Hogeschool Rotterdam; artikel 15.1 Whw).

ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:365 (OCW/Twine en Dongeradeel).

ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3782.

ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3447 (Arentheem College; uitleg bekostigingsregels en vertrouwen op informatie ambtenaar).

ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2827, BA 2014/179, JG 2014/62, m.nt. M. Claessens en T. Barkhuysen (Terugvordering bekostiging gemeente en bestuurlijke lus; Stichting El Amal).

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2469 ((OCW/Lentiz; 850-urennorm en artikel 4:49 Awb).

ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2173 (OCW/Aloysius; bekostiging De Korenaer).

ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:692 (OCW/Stichting Isaac Beeckman Academie).

ABRvS 15 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0139, AB 2013, 251 m.nt. Zoontjens (Algemene Hindoeschool Den Haag/OCW).

ABRvS 30 januari 2013, ECLI:RVS:2013: BY9933, r.o. 7.5 (LOI en NTI/Staat).

ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013, 162, m.nt. W. den Ouden (CIBAP/OCW; gewijzigde, lagere vaststelling en terugvordering, urennorm).

ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5959, AB 2013, 423, m.nt. M. Claessens (Al-Iman; gewijzigde vaststelling en terugvordering; o.m. ten onrechte bekostiging aantal medewerkers).

ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694, AB 2013, 309, m. nt. P.J.J. Zoontjens, Gst. 2013, 10 m. nt. P.W.A. Huisman, JIN 2012, 189, m. nt. C.L.G.F.H. Albers, e.a. (De Koers).

ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695, Gst. 2013, 11 m. nt. P.W.A. Huisman (De Kampanje).

ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9544, AB 2012, 378, m.nt. M. Claessens (Stichting Islamitisch Onderwijs IQRA/OCW).

ABRvS 28 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0147 (ROCvA/OCW; lagere vaststelling rijksbijdrage, urennorm).

ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3186 (Stichting Islamitische Scholen Helmond e.o/OCW).

ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5408, AB 2012, 93, m.nt. M. Claessens (Noorderpoortcollege/OCW).

ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2291, AB 2012, 23 m.nt. N. Noorlander.

ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9541 (As Siddieq).

ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4749, AB 2011, 275, m.nt. M. Claessens (Albeda College/OCW; nieuwe vaststelling en terugvordering Albeda College, onjuiste deelnemersgegevens; artikel 4:49 Awb).

ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6097 (OCW/Helicon).

ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2513 (OCW/ VO Zeeuws Vlaanderen).

ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2514 (OCW/NUOVO).

ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2519 (Grotius College/OCW).

ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2520 (VO Vlaardingen/OCW).

ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2523 (Openbaar Onderwijs Dordrecht/OCW).

ABRvS 27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9268 (OCW/Hogeschool van Utrecht; 'Vlaamse carroussel').

ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6731, JB 2008/184, (OCW/Van Hall Larenstein; terugvordering bekostiging en opschorting bekostiging 15.1 Whw).

ABRvS 21 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2138 (ROC Eindhoven).

ABRvS 7 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6112 (Vlagtwedde/OCW).

ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2502 en BA 9812 (OCW/HAN; terugvordering bekostiging).

ABRvS 9 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC1528.

ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007: BB8404 (OCW/Hogeschool Zuyd; terugvordering bekostiging).

ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, AB 2007/349, m.nt. Barkhuysen en Den Ouden (Amsterdam/Triplewood).

ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007: BA3189 (OCW/Hogeschool NHTV).

ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007: BA3216 (OCW/Hogeschool Rotterdam).

ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496 (OCW/ROC West-Brabant).

ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007: AZ8495, (OCW/Zadkine).

ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5487, (Stichting voor Interconfessioneel en Algemeen Bijzonder voortgezet onderwijs. Terugvordering en Awb).

ABRvS 11 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9914, JB 2006, 322 m.nt. H. Peters (ROC West-Brabant).

ABRvS 4 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9382, (Trajectum/Maastricht).

ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5511, AB 2008/65, m.nt. N. Verheij (OCW/CHN).

ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273, AB 2007, 41 m.nt. B.P. Vermeulen en JB 2006, 257 m.nt. H. Peters (Hogeschool Zuyd).

ABRvS 11 januari 2006, AB 2006/208 en ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010: BM8827, JB 2010/181.

ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446 m.nt. B. Vermeulen.

ABRvS 8 februari 2000, AB 2001, 118 m.nt. Daamen en JB 2000/91 m.nt. Albers.

ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28, m. nt. B.P. Vermeulen (Evangelische stroming vormt eigen richting in het basisonderwijs).

ABRvS 5 juli 1994, AB 1994, 636, m. nt. FM.

ABRvS 18 juni 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AH1258 en AB 1987, 50 m.nt. B.J. van der Net (Schoolwijkenbeleid Wij bij Duurstede).

ABRvS 29 juli 1985, ECLI:NL:RVS:1985:AM8746 en AB 1986, 191, m.nt. B.J. van der Net (Schoolwijkenbeleid Oegstgeest).

Centrale Raad van Beroep

CRvB 13 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2729, JB 2015/174 m.nt M. Laemers, TAR 2015/160, ABkort 2015/307.

College Beroep Bedrijfsleven

CBB 9 mei 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AX1645, JB 2006, 203.

CBB 12 september 2006, JOR 2007/14, m. nt. Doorenbos en Somsen.

Gerechtshof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:2016:502 (internaatverplichting maritiem onderwijs).

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:39 (Summa/Amnes).

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (Stichting Jeugdzorg Brabant).

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (FNV/Stichting Meavita cs).

Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3067 JOR 2015/259 m.nt. S. Sterk.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5255.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:982 (Steunpunt autisme en van btw-vrijgestelde dienst).

Gerechtshof Arnhem 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARN:CA0919 (Vestia).

Gerechtshof Amsterdam 11 december 2012, JOR 2013/5, m.nt Y. Borrius (Stichting Derdengelden).

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 mei 2011, JOR 2011/219 (Meavita).

Gerechtshof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 (Stichting Freule Lauta van Aysma).

Gerechtshof Den Haag 1 juni 2010, ECLI:NL:GHHA:2015:BM6020, JIN 2010/451 (Stichting TBH).

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138 (IS Helmond).

Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2007, NJF 2007, 389 (Hoornbeeck).

Gerechtshof Den Haag 23 februari 2007, JAR 2007/45, m.nt. Verhulp.

Gerechtshof Leeuwarden 24 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU1866 (Stichting Schaapstil I).

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 maart 2005, JOR 2005/87 (SKN).

Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO7276 (Studenten/UvA).

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, JOR 2003/60.

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1013 JA 2016/83 m.nt. B. Pajmans. (studenten medische hulpverlening/Hogeschool Utrecht).

Rechtbank Limburg 15 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016 (Arcus College).

Rechtbank Den Haag 18 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13161 (WNT 2011/Correctie bekostiging).

Rechtbank Midden-Nederland 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7746 (nakoming onderwijsovereenkomst International School Almere).

Rechtbank Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4085, NJF 2015/366 (matching voortgezet onderwijs Amsterdam).

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 3 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3578 (Bestuurder Catharinaziekenhuis).

Rechtbank Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3202 (UvA/student).

Rechtbank Rotterdam 16 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1850, JOR 2015/110 m.nt. S.M.C. Nuijten (Bestuurder Delta Lloyd/DNB).

Rechtbank Gelderland 5 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:699 (Stichting AVOO).

Rechtbank Midden Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, JIN 2015/12 m.nt. F. Oostlander (Woningstichting Rentree).

Kantonrechter Zutphen 19 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7684, RAR 2015/32.

Rechtbank Rotterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8625 (Stichting Max Kinderopvang/bestuurder).

Rechtbank Oost-Brabant 12 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5489.

Rechtbank Midden-Nederland 1 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3826 (Directeur Woningbouwvereniging).

Rechtbank Amsterdam 5 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3535.

Rechtbank Noord-Nederland 15 april 2014, AWB/LEE/13/1777 (Twine en Dongera-deel/OCW).

Rechtbank Overijssel (vzr.) 27 maart 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:1573 (Windesheim; weigering uitreiking getuigschrift).

Rechtbank Rotterdam 21 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2095.

Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, RO 2014/41 (Woningstichting Servatius/Leden RvT).

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 28 januari 2014, BRE 12/4503 WET (Biezonder-wijs/OCW).

Rechtbank Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193, JOR 2014/157, r.o. 5.1-5.2 (Kekk/Delfino).

Rechtbank Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, JOR 2014/90 m.nt. Y. Borius (Servatius).

Rechtbank Den Haag 4 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14531, AB 2014/168, m.nt. Philipsen en De Wit (Inholland; weigering uitreiking getuigschrift).

Rechtbank Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465 (Woningcorporaties/Staat).

Rechtbank Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14466 (VTW/Staat).

Rechtbank Rotterdam 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8418.

Rechtbank Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:RBME:2013:2773.

Rechtbank Noord-Nederland 4 juli 2013, RAR 2013/143.

Rechtbank Breda 20 juni 2013, RAR 2013/144.

Rechtbank Oost-Brabant 13 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4252.

Rechtbank Amsterdam 1 maart 2013 (niet gepubliceerd).

Rechtbank Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165, JAR 2013/49 m.nt. I. Janssen en JIN 2013/22 m.nt. I.C.M. de Boer en J.J.W. van Mens (NVZD/Staat).

Rechtbank Oost-Nederland 9 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BY8166 (Landstede/OCW; niet bevoegde docent).

Rechtbank Amsterdam 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:6461.

Rechtbank Arnhem 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2743 (Neerijnen/OCW).

Rechtbank Den Haag 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX5922, m.nt. Blanco Fernandez JOR 2012/286 (Vanka-Kawat).

Rechtbank Den Haag 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2344.

Rechtbank Zuid-West Nederland 9 juli 2012, (Stichting Xpect Primair en SKOTZO/OCW; niet gepubliceerd).

Rechtbank Maastricht 14 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV3909 (Strafrecht; directie El Wahda).

Rechtbank Zwolle-Lelystad 31 januari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV2370 (CIBAP/OCW).

Rechtbank Assen, 4 november 2011 ECLI:NL:RBASS:BU3341 (Strafrechtelijk vonnis directeur Arnhemse Buitenschool).

Rechtbank Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3957.

Rechtbank Den Haag (vzr) 2 november 2011, JAR 2011, 305, m.nt. W. Lindeboom (Homoseksuele leraar).

Rechtbank Rotterdam 6 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:BY7117 (Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Roermond/OCW).

Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2321 (Stichting Islamitische Scholen Helmond e.o./OCW).

Rechtbank Rotterdam 19 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8811 (ROC Zadkine/OCW; foutieve invoer in BRON).

Rechtbank Groningen 8 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL7049 (Noorderpoortcollege).

Rechtbank Amsterdam 8 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL6789 (Stichting Vrije Schoolkeuze Amsterdam).

Rechtbank Den Haag 20 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL9725 (O&O/Staat).

Rechtbank Haarlem 25 november 2009, LJN BK5218, JA 2010/38.

Rechtbank Amsterdam 11 november 2009, JOR 2010/123, m.nt. Y Borrius (Stichting Derdengelden).

Rechtbank Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2168 (OCW/Ibn Ghaldoun; doelmatige besteding bekostiging).

Rechtbank Amsterdam 8 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH5053 (HvA/OCW).

Rechtbank Den Bosch 27 oktober 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BG3974 (Helicon).

Rechtbank Den Haag 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD8709 (AMA-zaken; Terugvordering bekostiging).

Rechtbank Den Haag 20 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG5019 (AMA-zaken; Terugvordering bekostiging).

Rechtbank Utrecht 11 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD3548, JOR 2008/225 m.nt. M. Holtzer (Bakker/Vlist BV).

Rechtbank Haarlem 3 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD2977 (Loting Stedelijk Gymnasium Haarlem).

Rechtbank Arnhem (vzr.) 21 mei 2008, JOR 2008/222 (Stichting Stoas).

Rechtbank Dordrecht 11 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD6445 (SKOBA/Dordrecht).

Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126 (CSZ/Hestia).

Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002, JOR 2008-69 m. nt. mr. E. Schmieman (Staat/Islamitische School Helmond).

Rechtbank Den Haag 23 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2344 (Global Academy/Inspectie van het Onderwijs).

Rechtbank Leeuwarden 24 januari 2007, JA 2007/68.

Rechtbank Breda 8 maart 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AV4709 (ROC West Brabant/OCW).

Rechtbank Dordrecht 21 december 2005, JOR 2006/146 (Stichting HogeSnelWeg).
Rechtbank Utrecht (vz) 23 november 2000, ROR 2000-2002, 12 m.nt. Vermeulen.
Rechtbank Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000/104, m.nt. B.P. Vermeulen (Schaapman).
Ktg. Amsterdam 11 juni 1998, Gst. 1999-7091, 6, m.nt. J. Donner.
Rechtbank Utrecht 24 juli 1997, KG 97/318.
Rechtbank Breda (President) 31 januari 1987, LJN: AH1573 (Stichting Stedelijk Museum voor Geschiedenis en Oudheidkunde/Gemeente Breda).

Geschillencommissies

College van Beroep voor het Hoger Onderwijs 27 augustus 2013, zaaksnummer 2013/030.
Scheidsgerecht Gezondheidszorg 20 augustus 2006, TvGR 2007, p. 160 e.v. (De Bruggen).
Bezwarencommissie CAO-VO 9 februari 2007, nr. 103358; te raadplegen via www.onderwijsgeschillen.nl.
Geschillencommissie medezeggenschap voor het katholiek beroepsonderwijs, volwassen-educatie en voortgezet onderwijs Noord Nederland, 22 januari 2007, nr. BVE VO NN 07/01.

DANKWOORD

Tijdens dit onderzoek is mij niet alleen vaak de vraag gesteld of het proefschrift al af was maar ook wat een goede bestuurder is. Het antwoord op de eerste vraag is nu makkelijk. Het antwoord op de tweede vraag is een stuk lastiger. In elk geval denk ik dat het mogelijk is iets te zeggen over de verwachtingen die je van een bestuurder mag hebben omtrent zijn instelling en persoonlijkheid. Die verwachtingen zullen altijd deels persoonlijk gekleurd zijn. Zo was mijn opa in de jaren zeventig directeur van de HTS in Haarlem. Ik heb hem nooit echt zelf mogen leren kennen – hij overleed in 1980 – maar zijn studenten beschouwden hem ‘als herder’. Soms gebruik ik ook het voorbeeld van de eerste bestuurders van ‘Het Nederlandsch Lyceum’ in Den Haag. In mijn jeugd fietste ik vaak langs deze school die in 1909 door onder andere ingenieur Cornelis Lely en natuurkundige Hendrik Lorentz was opgericht en werd ondersteund door de pedagoog Jan Ligthart en de onderwijskundige Jan Gunning. Bij de opening van het nieuwe schoolgebouw in 1912 was ondanks de liberale en vrijzinnige signatuur van de eerste bestuurders ook de antirevolutionair Abraham Kuyper aanwezig.

Meester Henk Aerns was van 1975 tot 2003 hoofd van de Houtrustschool in Den Haag. Ik herinner mij nog dat in 1985 een fusie plaatsvond met de kleuterschool, dat de naam veranderde in de openbare basisschool Houtrust en dat klassen groepen werden. Door dit onderzoek weet ik dat de inwerkingtreding van de Wet Basisonderwijs 1985 hiervan de reden was. Op het 1^e Vrijzinnig Christelijk Lyceum in dezelfde stad raakte ik bevriend met het zontje van rector Paul Gerretsen. Vanaf de start van onze vriendschap op brugklaskamp kreeg ik indirect veel mee over het leiden van een school. Het plezier om mooie verhalen te vertellen heb ik deze jaren meegekregen. Taede Sminia, rector magnificus van de Vrije Universiteit van 1997 tot 2006, praatte mij op zijn beurt met enige regelmaat in tramlijn 51 enthousiast bij over de ontwikkeling van de stad Amsterdam en de maatschappelijke functie van de Vrije Universiteit.

Personen die enthousiast zijn, verhalen vertellen en verantwoordelijkheid nemen zijn kennelijk in staat draagvlak te organiseren en onderwijsvernieuwing te bevorderen. Dat geldt ook voor de bestuurders van nu. Zonder zelf onderwijs te geven, kunnen bestuurders door hun persoonlijke inzet en betrokkenheid doorslaggevend zijn. Dat veel bestuurders die persoonlijke inzet en betrokkenheid hebben, merk ik in elk geval in de diverse gesprekken die ik met hen mocht voeren.

Dit is echter geen nawoord maar een dankwoord. In je leven heb je niet zo vaak de mogelijkheid om dankwoorden te schrijven die waarschijnlijk meerdere mensen lezen. Ik hoop dat u meeleeft; een paar extra pagina's kan best. Een proefschrift kan niet tot stand komen

zonder de hulp van anderen. Al diegenen die mij hebben gesteund, die hebben gevraagd hoe het ging of die gewoon aan me hebben gedacht, ben ik heel veel dank verschuldigd. Ik had niet zonder jullie steun en vertrouwen gekund.

De eerste twee personen die ik hier wil bedanken zijn Miek Laemers en Frank van Ommeren. Eigenlijk al vanaf de afronding van mijn studie in 2004 liep ik met het idee rond om ooit te promoveren. Uiteindelijk bleek zo rond 2011 de tijd rijp om daarover afspraken te maken met Miek en Frank. Ik ben jullie zeer erkentelijk voor jullie warme welkom en al jullie steun, wijsheid, rust, suggesties en goede begeleiding. Jullie frisse, enthousiaste en steunende blik heeft het onderzoek beslist op koers gehouden en mij geholpen het vol te houden. Miek, je hebt je steeds een enthousiasteling betuigd van het onderwijsrecht en me geholpen voldoende empirie te betrachten. Onze dag in Nijmegen koester ik. Frank, je hebt me ontzettend geholpen bij het bewaken van de juridisch-wetenschappelijke structuur en bij het scheiden van hoofd- en bijzaken. De leden van de leescommissie, prof. mr. S.E. Zijlstra, mr. C.H.C. Overes, prof. mr. P.W.A. Huisman, prof. mr. P.J.J. Zoontjens en prof. mr. M.J. Cohen, dank ik voor de zorgvuldige aandacht die ze hebben besteed aan dit proefschrift. Die aandacht heeft bovendien geresulteerd in enkele substantiële verbeteringen. Daar ben ik zeer dankbaar voor.

Een belangrijke motivatie voor het onderwerp is te vinden in mijn studententijd. Halverwege mijn studie rechten aan de VU raakte ik verzeild in het bestuur 2000-2001 van het Interstedelijk Studenten Overleg in Utrecht. Hier leerde ik hoe bijzonder en tegelijkertijd gewoon de wereld van besturen, onderwijs, beleid en politiek is. De intrinsieke motivatie van mijn mede-studentbestuurders, van medezeggenschappers, maar ook van onderwijsbestuurders, beleidsmakers en politici heeft mij in laten zien dat vrijwel iedereen die zich bezig houdt met onderwijs, uiteindelijk het beste met dat onderwijs voor heeft. Onderwijs is een roeping. En op die roeping kan vrijwel altijd een beroep worden gedaan. Dat ik mijn medebestuurders Maudy Keulemans, Lian Merckx en Marjolein Oudshoorn nog steeds tot mijn beste vrienden mag rekenen en dat zij mij ieder op hun eigen manier hebben geholpen bij dit proefschrift; hoe bijzonder is dat? Onze momenten samen koester ik.

Aan het einde van mijn studie kwam ik op de VU in aanraking met Rob van Bogget, Jan Struiksma, Sjoerd Zijlstra, Ben Vermeulen en Frank van Ommeren. Met Rob en Jan mocht ik de visitatie van de rechtenopleiding begeleiden. Via Sjoerd kon ik in de zomer van 2003, nadat ik wat in de war was door een uitgebrande studentenkamer en een in het bluswater verzopen scriptie, aan de slag bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie. Hier mocht ik in het kader van Bruikbare Rechtsorde voorbereidend werk verrichten voor een onderzoek naar zorgplichten. Jullie brachten mij jullie liefde voor de VU over en gaven mij het gevoel dat je ook tijdens het werk mag leren. Ben introduceerde mij kort daarvoor

in de wondere wereld van artikel 23 Grondwet. Van je colleges ging een interesse naar maatschappelijke diepgang uit die ik vaker op de VU tegenkwam maar nooit zo gebundeld. Dank voor die introductie. Met Renée van Schoonhoven mocht ik de afgelopen jaren geregeld bijpraten over de ontwikkelingen in het middelbaar beroepsonderwijs. Die wereld is voor velen onbekend maar door jou zeer terecht bemind. Het warme welkom dat ik in de zomer van 2016 ontving van mijn nieuwe collega's van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht in Utrecht voorspelt veel goeds voor de komende periode. Het ondernemingsrecht in de semi-publieke praktijk verdient de door jullie ondersteunde aandacht.

De volgende fase in mijn leven als eeuwige leerling brak in 2004 aan bij Van Doorne. Maurice Kalsbeek behoedde mij voor sociale faux pas. Jaap Kloppers was mijn eerste buurman op kantoor en is tot zijn vertrek in 2015 voor mij een echt kantoorbroertje geweest. Van Willemien Bischof en Marg Janssen leerde ik de eerste anderhalf jaar om door te vragen naar de vraag van de cliënt.

Saskia Laseur. Elk geschreven dankwoord doet eigenlijk geen recht aan het vertrouwen dat je me al sinds onze eerste kennismaking in 2005 bij Van Doorne geeft. Elke keer weer en nu al meer dan 11 jaar. Ook als ik weer eens als een onhandige olifant door de porseleinkast wandelde. Je ziet iets in me waarvan ik zelf niet altijd beseft wat dat is. De kansen die je me daardoor biedt zijn groot. We hebben de afgelopen jaren ontzettend veel beleefd, hele bijzondere dingen gedaan en zijn op ons best als het echt moeilijk wordt en de druk zeer hoog. Inhoudelijk ben je dan messcherp en je weet dat te combineren met een extreem goed gevoel voor bestuurlijke en sociale verhoudingen. Alle cliënten geven zeer hoog over je op; en terecht. Door je persoonlijke energie blijf je vechten voor een oplossing die aansluit op het belang van leerlingen, studenten en ouders. Ik ben zeer trots en dankbaar dat ik één van degenen mag zijn in wie je gelooft. Zonder jouw persoonlijke betrokkenheid en je kracht me uit te dagen was het mij ook niet gelukt mijn gedachten te ordenen in de eindfase van dit proefschrift en om te komen tot twee hele mooie schema's die in de conclusies hun plaats kregen.

Hetgeen waar Saskia mij altijd op wijst is dat ik om hulp moet vragen. Als er iets is waar ik soms moeite mee heb, is dat het wel. Het is een soort vreemde schuchterheid. Frederike van Harskamp, Robert Collenteur, Anna Mars en Jeske Remmers merken dat soms. Ik kan jullie als collega's van het notariaat semipubliek niet genoeg bedanken voor alle notariële gewetensvragen en persoonlijke waardering. Zonder jullie geduld en kwaliteiten had ik niet zo lang bij Van Doorne kunnen werken en was dit proefschrift er niet gekomen. Ik hoop dat ik jullie nog vele jaren mag vertellen over hoe bijzonder de voor veel juristen wondere wereld van het onderwijs toch is. Jochem Streefkerk, ook jou gun ik als filosofisch en politiek bewogen jurist een mooi en bijzonder pad zoals ik dat heb mogen bewandelen.

Daniëlle Westerhoff en Rob de Win zijn als fiscalisten behept met een heel goed gevoel voor de semipublieke praktijk en onderwijs. Dat is niet alleen waardevol maar ook gewoon leuk. Deze dankwoorden gelden uiteraard ook voor mijn oud-collega's van het notariaat semipubliek en alle leden van de marktgroep Kennis & Onderwijs bij Van Doorne.

In het rijtje van kantoor hoort zeker ook Monique Steffens. Je hebt veel tijd in me gestoken en me met je jarenlange ervaring de nodige bescherming geboden. Je bleek zelfs bereid om mee te lezen met mijn proefschrift en diverse kromme zinnen en typo's weg te halen. Ook de ondersteuning en betrokkenheid van Karima Benkhalqui, Marguerite Rosebeek, Narine Awakian en de vele student-stagiairs en student-medewerkers – waarvan Gwen Achterstraat een vermelding verdient als de vrolijkste van allemaal – was zeer prettig.

Op deze plaats is ook dank verschuldigd aan veel andere (oud-)collega's bij Van Doorne. Zonder iemand tekort te willen doen is een dankwoord op zijn plaats voor Sanne Hermans, Siego Boslooper, Eline Broekhof, Anne-Lize van Dusseldorp, Cees-Jan de Boer, Johan Boeren, Daan ter Braak, Barbara Voermans, Leonie Rammeloo, Jessey Liauw-A-Joe, Robbert Ros, Ralph Mulkens en Jacobine Tinselboer.

Mijn vrienden en mijn sport- en hockeymaatjes zijn in al mijn jaren een steeds terugkerende energiebron geweest. Ik kan me bij jullie opladen en mag van jullie, liefst met een biertje, kletsen over niets en alles. Voor mijn Groningse vrienden, dit proefschrift is ook het resultaat van mijn propedeuse geschiedenis. Bijzondere woorden geef ik graag mee aan Gordon Lokenberg en Ronald Peters. Bij jullie mag ik graag zomaar even langs komen. Kim en de 3 slopertjes hebben net als Harmke, Malou en Karel een bijzonder plekje in mijn hart. Voor mijn toekomstige burens van de Coendersbuurt geldt nu al veel dank voor de afleiding die het samen bouwen van een buurt mij biedt. Mijn oude buurman zwaaide elke avond door het raam.

Lodewijk Gerretsen, Quirijn Biesheuvel en Peter Ruys ken ik al sinds mijn middelbare school. Ik ben er trots op dat ik jullie mijn vrienden mag noemen en nog zo vaak mag spreken. Het is speciaal om te beseffen dat we langzaam ouder worden. Dat betekent dat we ontzettend veel moois hebben om op terug te kijken en dat er waarschijnlijk nog heel veel moois aan zit te komen. Op de glimlach van Lot, de lach van Q en de pretoogjes van Peter verheug ik mij nu al. Het betekent ook dat er soms momenten van verdriet zijn en dat ik vrees dat die beker nooit helemaal leeg zal raken. We weten inmiddels dat we er dan voor elkaar zijn; hoe groot het verdriet soms ook is. En als zelfs de verhuizing van Lot lukt, dan lukt alles.

Uiteraard ook een speciaal dankwoord voor mijn twee paranimfen: Maudy Keulemans en Frederike van Harskamp. Jullie staan symbool voor twee hele bijzondere periodes uit mijn leven die direct te maken hebben met onderwijs. De sprong die ik mocht maken bij het ISO en de kansen die ik heb gekregen om te groeien bij Van Doorne zijn mede jullie verdienste. Jullie houden me elke keer scherp en dagen me uit om mezelf te laten zien. Daar ben ik jullie dankbaar voor. Maudy, onze blocnotes vol met aantekeningen tijdens de opening van het academisch jaar 2000-2001 van de UvA in de Oude Lutherse Kerk bij het Maagdenhuis zal ik nooit vergeten. Frederike, je weet niet half hoe waardevol je bent. Het is heel knap om in een omgeving die veel van je vraagt niet alleen jezelf te blijven maar ook anderen te kunnen steunen. Ik vind het heel bijzonder dat ik bij jou mijn kwetsbare zelf mag zijn.

Annechien, Robert-Jan en Bibien. Ik zag jullie in 2011 door de gate op Schiphol lopen en dacht: hé, daar loopt een gezin. Dat beeld zal me altijd bij blijven. Later mocht ik samen met Kim eerst Peppe en vervolgens Kik in mijn armen houden. Dank Annechien dat ik bij jou gewoon een broer mag zijn. Ook al wonen jullie ver weg, dat vind ik echt ontzettend fijn.

Laurie, ooit zei ik tegen je, schrik niet maar ik wil graag samenwerken met heel veel slimme en hardwerkende mensen. Je hebt me in die keuze altijd gesteund, ook als de eisen hoog bleken. Je verwijt me niet ambitieus te zijn. Je steunt me door er als moeder gewoon te zijn, vaak zomaar even langs te wippen en me elke zondagavond te bellen. Mogen we dat nog heel lang vasthouden? Ik heb jouw vader – en mijn opa Fred – nooit echt gekend maar wel al je verhalen over hem als directeur van de HTS gehoord. Jouw steun en die verhalen hebben mij drie dingen geleerd: doe je best, ga voor wat je leuk vindt en laat het zien als je geniet.

Willem, toen ik klein was zag ik je vaak in de avonduren en in het weekend schrijven en hoorde ik je talloze bandjes inspreken. Later hoorde ik je oreren in Utrecht en Groningen. Ik weet niet of ik ooit tegen je heb gezegd dat ik trots op je ben. Je bent duidelijk over wat je wilt, geduldig in je ongeduld en gedreven als het tegenzit. Ik weet niet of dit proefschrift het resultaat is van mijn wens om met jou als vader de competitie aan te gaan. En al was het zo, dan zou dat voor alle klim- en wandeltochten, fietsreizen of huizenbouwprojecten gelden. Tegelijkertijd koester ik juist daaraan warme herinneringen. Dat geldt ook voor jouw hulp bij het helder formuleren van mijn conclusies. Die hulp is enorm geweest en heeft dit proefschrift echt verder gebracht.

Lieve, lieve Kim. Tijdens één van onze tochtjes door Midden-Delfland en na een oversteek met een pontje, zaten we op zaterdag 16 november 2013 samen warm te worden in een

café in Maasland. We droomden over onze gezamenlijke toekomst. Nu niet met powerpoint maar met bierviltjes. Het is in dat gesprek dat ik besloot op welke datum ik je ten huwelijk zou vragen en dat jij me steunde in mijn wens om te kijken of een promotie er echt in zat. Het is een hele bijzondere tijd geweest waarin je zelfs bereid was om onze vakanties te plooien naar de beschikbaarheid van wifi en een werkplek. Ook al probeer ik het soms iedereen naar de zin te maken en heeft dit project veel energie gekost van ons beiden, ik wil je elke dag gelukkig maken en elk moment onvoorwaardelijk blijven steunen. Ik vind het een genot om af te mogen wassen in ons huisje met uitzicht op de Oude Kerk. Je steun aan mij bestaat eruit dat je elke dag in me gelooft. Dat je me laat dromen en dat je me helpt mijn dromen na te streven. Dat je doorvraagt als ik twijfel en dat je aan me trekt als er keuzes moeten worden gemaakt. Dat je scherpste voorop stelt als ik de details wegdenk. Dat je me niet laat weggemen met gemakzucht. Het grote vertrouwen dat jij in mij en ons hebt, is iets waar ik elke dag nog even stil van ben en niet aan twijfel. Veel steun heb ik ook ervaren van jouw naaste familie en goede vrienden. Zij verdienen en krijgen ook onze steun als dat nodig is.

Ook onze volgende droom, het vormen van een gezin, is uitgekomen. Ik hoop Walt nog heel veel mooie verhalen te vertellen en met jullie fijne tochtjes te maken.

Delft/Amsterdam, 11 november 2016

Martijn Nolen

CURRICULUM VITAE

Martijn Nolen (1977) ging in Den Haag naar school op de openbare basisschool Houtrust en later het eerste Vrijzinnig Christelijk Lyceum. Na zijn propedeuse geschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen koos hij voor de studie rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit. Tijdens zijn studietijd was hij onder andere bestuurslid van het Interstedelijk Studenten Overleg (2000-2001) en student-medewerker bij de Vrije Universiteit en werkte hij een zomer op het Ministerie van Justitie bij de Directie Wetgeving ten behoeve van het project zorgplichten. In 2004 studeerde hij aan de Vrije Universiteit af in de richting privaatrecht.

Na een zestal maanden als adviseur bancaire zorgplichten bij Mees Pierson ging hij in 2004 werken bij Van Doorne N.V. Advocaten Notarissen Fiscalisten. Na een start bij de marktgroep Gezondheidszorg werd hij begin 2006 door Saskia Laseur verwelkomd in het team semipubliek van het Notariaat en de marktgroep Kennis en Onderwijs. Hij is zeer betrokken bij de verdere ontwikkeling van de onderwijspraktijk en de advisering aan uiteenlopende (onderwijs)organisaties (van kinderopvang tot universiteiten), brancheorganisaties en overheden over de bijzonderheden van vooral het onderwijsrecht. Hij richt zich daarbij op het adviseren van (onderwijs)organisaties en op het bereiken van bestuurlijke oplossingen bij (mogelijke) geschillen.

In 2011 bood de Vrije Universiteit hem de mogelijkheid om als buitenpromovendus onderzoek te doen. Dit proefschrift over de positie van de bestuurder in het onderwijs is het resultaat van dat onderzoek.

Martijn Nolen is voorzitter van de werkgroep Bestuur & Management van de Nederlandse Vereniging van Onderwijsrecht en verzorgt cursussen over de bijzondere (onderwijs)wet- en regelgeving en het grensvlak daarvan met het burgerlijk recht en algemeen bestuursrecht. Met ingang van de herfst van 2016 is Martijn Nolen ook lid van de raad van toezicht van Stichting Sirius die meerdere scholen voor openbaar onderwijs in stand houdt in Amsterdam Zuidoost.

Sinds de zomer van 2016 heeft Martijn Nolen een parttime aanstelling bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

Martijn Nolen is getrouwd met Kim Huijpen en woont in Delft.

In deze publicatie gaat Martijn Nolen in op de positie van de bestuurder in het onderwijs. Hij bespreekt de voor bestuurders relevante onderwijsrechtelijke kernbegrippen, het publiekrechtelijk toezicht, het privaatrecht als toetsingskader, het thema samenwerking in het onderwijs en de benoeming, de beloning en het ontslag van individuele bestuurders. Op basis hiervan analyseert hij de juridische positie van de bestuurder en de verplichtingen van onderwijsorganisaties. Het onderzoek laat zien hoe de afgelopen dertig jaar de verantwoordingsrisico's van onderwijsorganisaties zijn toegenomen en de positie van bestuurders in alle onderwijssectoren kwetsbaarder is geworden. Dit proces is deels versterkt door de introductie van steeds nieuwe zorgplichten en de toenemende intensiteit van het externe toezicht.

Martijn Nolen concludeert dat het juridisch normenkader in alle onderwijssectoren niet langer inzichtelijk is voor onderwijsorganisaties, hun bestuurders en derden. Honderd jaar na de totstandkoming van artikel 23 Grondwet is hierdoor de autonomie van openbare en bijzondere onderwijsorganisaties en hun bestuurders sterk begrensd. De auteur geeft aan dat het legitiem is dat bestuurders een beroep doen op de rechtspersonenrechtelijke bestuursautonomie en dat ze namens hun onderwijsorganisaties wijzen op de waarde van onderwijsrechtelijke autonomie.

De reeks **Markt, Overheid & Recht** bevat publicaties op het brede terrein van rechtsverhoudingen tussen markt en overheid. Zij maakt deel uit van de boekenreeks van het Netherlands Institute for Law and Governance (NILG).

Het NILG is een samenwerkingsverband van universiteiten en andere onderzoeksinstituten dat zich tot doel stelt onderzoek op het terrein van Law and Governance te bevorderen. Centraal staat de balans tussen publieke en private belangen in het recht en de wijze waarop de regulering van die belangen door de publieke en private sector plaatsvindt.

Martijn Nolen (1977) is sinds 2004 werkzaam bij Van Doorne N.V. Advocaten Notarissen Fiscalisten en adviseert (onderwijs)organisaties (van kinderopvang tot universiteiten), brancheorganisaties en overheden. Hij is sinds 2016 tevens universitair docent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.